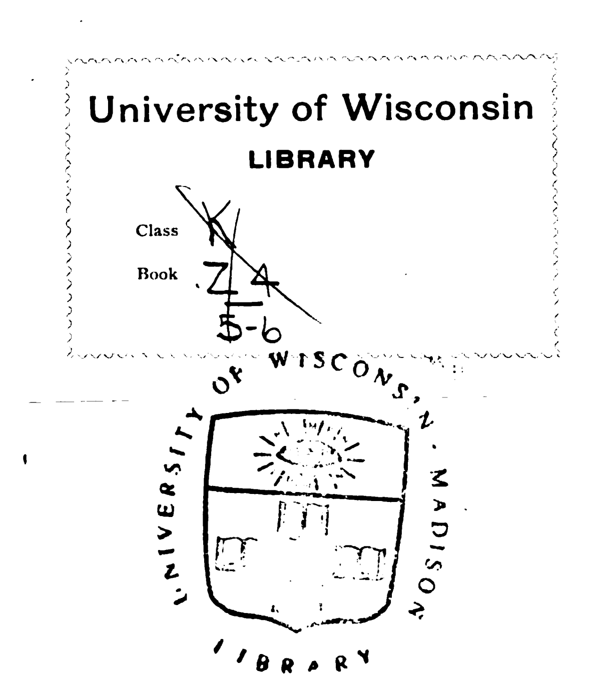



UNIVERSITY OF WISCONSIN · MADISON
LIBRARY

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

P. v. ROTH, E. I. BEKKER, H. BÖHLAU,
A. PERNICE, R. SCHRÖDER.

SECHSTER BAND

XIX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1885.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des VI. Bandes.

Romanistische Abtheilung.

I.

Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianeischen Juristen.

Von

Herrn Geheimrat Dr. **Zachariae von Lingenthal**
auf Grosskmehlen.

Noch immer wird der Schatz, den uns die byzantinischen Rechtsquellen zu eröffnen vermögen, nicht hinreichend von der gelehrten Welt gewürdigt. Insbesondere ist es auffallend, wie wenig unsere Romanisten aus dieser Quelle zu schöpfen verstehen, als ob es auch noch heut zu Tage hiesse: Graeca sunt, non leguntur. Und doch erfahren wir hier so Manches, was zu weiteren Forschungen auffordert. Wenn z. B. bemerkt wird, dass der Kläger, wenn er sich einer calumnia schuldig macht, in die Prozesskosten oder *τὸν διπλασιασμὸν τῶν σπορτούλων* verurtheilt werde (Bas. 38, 9. 20 schol. ed. Heimb. III p. 756), so fragt es sich, ob dies aus l. 2 C. de plus petitionibus oder aus Nov. CXVIII (96) c. 1 (*πᾶσαν ζημίαν — διπλασίονα*) genügend erklärt werden könne. So ist ferner sehr beachtenswerth, was über die bonorum possessio sine re (Bas. ed. Heimb. IV p. 217 schol. 5), über die formulae verschiedener Klagen (Bas. ed. Heimb. II p. 727. IV p. 185. 243. 246. 593), und zwar insbesondere der furti actio gesagt ist (Bas. ed. Heimb. II p. 583 schol. 2), da gerade hier im Hinblick auf die so häufig vorkommenden Diebstähle von baarem Gelde die von Keller und Rudorff entworfene formula kaum befriedigen kann.

Unter diesen Umständen wird vielleicht die nachfolgende Zusammenstellung dessen, was sich aus den Quellen über Meinungsverschiedenheiten (*ἐναντιοφάνειαι*) der Justinianeischen Juristen ergiebt, — eine Art Dissensiones dominorum grae-

corum, — nicht unwillkommen sein, zumal sie gleichzeitig als eine Anleitung zur richtigen Benutzung der Quellen dient. Zu bemerken ist hiebei, dass ich vermieden habe zu wiederholen, was über dergleichen Meinungsverschiedenheiten bereits in meiner Geschichte des griechisch-römischen Rechts beigebracht ist. Ebenso habe ich geglaubt übergehen zu sollen, was nicht mit Sicherheit den Justinianeischen Juristen zugeschrieben werden kann, wie z. B. was über die verschiedene Auslegung der l. 13 § 9 D. 5, 3 in den Scholien der Basiliken to. IV p. 197 fg. oder der l. 15 § 1 l. 16 D. 9, 2 in Basil. V p. 277. 279 gesagt ist. Wenn übrigens hier von Justinianeischen Juristen die Rede ist, so ist dies in einem weiteren Sinne zu verstehen; auch die Vorgänger und Lehrer der Juristen, wie wir sie in den Jahren 529 ff. kennen lernen, und ebenso deren Nachfolger bis in den Anfang des siebenten Jahrhunderts, haben mit dem gedachten Ausdruck bezeichnet werden sollen. Ihre Meinungsverschiedenheiten aber sind unter fortlaufenden Nummern dargestellt in der Reihenfolge, wie sie sich auf Stellen der Institutionen, der Digesten, des Codex und der Novellen beziehen.

I.

Inst. 2, 10, 6.

Nach den von Gellius XV, 13 überlieferten Worten der XII Tafeln war derjenige für intestabilis erklärt worden, welcher bei einer Mancipation als Zeuge oder libripens zugezogen später sein Zeugniss verweigerte. Dem entsprechend definirt der Verfasser der griechischen Institutionen II, 10, 6 den intestabilis folgender Massen: Es wird Einer bei der Abfassung eines Testaments als Zeuge gegenwärtig zu sein ersucht, er giebt sein Zeugniss, d. h. er unterschreibt und besiegelt das Testament, nach dem Tode des Testators aber erscheint er nicht, um seine Unterschrift und sein Siegel zu bezeugen: ein solcher ist improbus et intestabilis[1]).

Mit Rücksicht auf diese Stelle bemerkt ein neuerer Scholiast zu Basil. 21, 1, 15 (ed. Heimb. II p. 397), dass

---

[1]) Die Turiner Glosse Nr. 152 (bei v. Savigny Gesch. des RRs. im Mittelalter II S. 443, Zschr. f. RG. 7, 64) sagt: Intestabiles sunt qui subscriptiones suas perfide negant.

Theophilus sage, *ἀδόκιμος* sei *ὁ ὑπογράψας καὶ σφραγίσας καὶ μὴ θελήσας μαρτυρῆσαι*, während Stephanus[1]) definire es sei *ὁ κληθεὶς ἐπὶ τῷ ὑπογράψαι ἐν διαθήκῃ καὶ μὴ ἐλθών*.

Man hat hienach eine Meinungsverschiedenheit zwischen Theophilus (?) und Stephanus statuiren wollen und den Letzteren wegen seiner Ansicht getadelt.

Allein es ist nicht wohl denkbar, dass Stephanus der Meinung gewesen sei, dass wer ersucht werde bei der Abfassung eines Testaments als Zeuge zu assistiren, unter allen Umständen zu kommen verpflichtet sei; dass dies vielmehr eine rein freiwillige Handlung ist, konnte ihm nach Dig. 28, 1, 20 § 10 nicht zweifelhaft sein. (Nur diejenigen, welche das Testament in Wirklichkeit oder angeblich unterschrieben und besiegelt haben, werden gezwungen bei der Apertur über ihre Unterschrift und ihr Siegel auszusagen. D. 29, 3, 4. 43, 5, 3 § 9. Cod. 4, 20, 15 in fine.) So ist denn anzunehmen, dass entweder der Scholiast die Worte des Stephanus ungenau wiedergegeben oder dass Stephanus selbst sich ungenau ausgedrückt hat: mit anderen Worten, man muss zu dem *καὶ μὴ ἐλθών* suppliren: *ὥστε ἐπιγινώσκειν τὴν ἰδίαν ὑπογραφὴν καὶ τὴν σφραγῖδα.*

II.

Dig. 3, 3, 75.

Bas. 8, 2, 71 c. schol. ed. Heimb. I p. 398.

Der Käufer eines Grundstücks, in dessen Besitz er gesetzt war, ist abwesend, als ein Dritter das Grundstück vindicirt. Der Procurator oder Defensor des Käufers, der litem contestirt hat, fordert den Verkäufer auf, dass er ihm in dem Prozesse assistire. Dieser verlangt, dass ihm zuvor eine Caution ratam rem emtorem habiturum gestellt werde. Zweifelhaft war, ob dies Verlangen gerechtfertigt sei. Siegte der Procurator des Käufers unter Assistenz des Verkäufers, so kam dies dem Verkäufer zu Gute, weil er von der Evictionsleistung auch ohne Ratihabition Seitens des Käufers frei wurde: unterlag dagegen der Procurator, so war es ebenso vortheilhaft

---

[1]) Heimbach (to. VI p. 32 not. 7) glaubt, dass dies Stephanus gesagt haben möge in einer Anmerkung zu Dig. 28, 1, 6.

für den Verkäufer, wenn der Käufer nicht ratihabirte (— und er durfte dies nicht zum Nachtheil des zur Evictionsleistung Verpflichteten —), denn, wie die Accursische Glosse sagt, potest esse, si ratum non habuerit, et velit rem petere a possessore, quod obtineat, et sic non tenebitur venditor de evictione. Demgemäss scheint der Verkäufer kein Interesse daran zu haben, dass der Käufer die Vertretung durch den Procurator ratihabire, mit anderen Worten keinen Grund zu dem Verlangen einer cautio de rato zu haben. Gleichwohl hat Julianus entschieden: puto eum venditori de rato satisdare debere, quia si fundum agenti restituerit, nihil prohibet dominum (so wird der Käufer bezeichnet im Gegensatz zu seinem defensor) rem petere et cogi venditorem rursus defendere. Wie dieser Grund für des Julianus Entscheidung zu verstehen sei, war wie unter den Glossatoren so auch unter den Justinianeischen Juristen streitig. Theophilus nimmt an, dass dem Verkäufer ein rursus defendere (scil. emtorem in agendo, wie die Glosse sagt), d. i. ein wiederholtes Eintreten für den nunmehr als Kläger auftretenden Käufer erspart werden müsse. Stephanus dagegen meint, der Verkäufer müsse dagegen bewahrt werden, dass er dem Sieger im ersten Prozesse, dem er das Grundstück in Folge der pronuntiatio restituirt hatte, deshalb nun umgekehrt assistiren (rursus defendere) müsse, wenn derselbe vom Käufer mit der in rem actio belangt werde. So giebt auch die Glosse als mögliche ratio decidendi für Julianus an, dass der Verkäufer ein Interesse daran habe, ne ab eo qui evicit inquietetur, cui forte de rato aut judicatum solvi satisdedit defendendo emtorem seu ejus procuratorem, ganz wie Stephanus sagt: οἷα δεδωκὼς αὐτῷ τὴν ratam rem dominum habiturum ὅτε τὸν ἀγοραστὴν — so muss es statt τὸν ἀγρὸν heissen — ἐδεφένδευσεν.

III.

Dig. 3, 5, 5 (6) § 8 (6).

Basil. Supplem. p. 134 schol. 16.

„— nam et si servum non necessarium emero filio tuo et tu ratum habueris nihil agitur ratihabitione —“

Kobidas sagt, die Ratihabition bewirke nicht, dass der Sohn obligirt werde, aber der Vater sei verhaftet. Theophilus

aber sagt, dass auch der Vater nicht obligirt werde. Was im angeführten Scholium folgt, glaube ich so ergänzen zu sollen: *τὸ γὰρ [ε]ἰρημ[ένον] διγ. η'* [1]), *ὅτι ἡ ῥατοναβιτίων καὶ τ[ὰ μὴ] καλ[ῶς διοικηθέντα] βεβαιοῖ, τότε φησὶ [χώραν ἔχειν, ὅτε] ἐκεῖνος ῥατοναβιτεύσει, οὐ καὶ διαθέσει ἐπράχθη. [ἐνταῦθα ὅμως διαθέσει τοῦ υἱοῦ ἐπράχθη], ὁ δὲ πατὴρ [ἐρατοναβ]ίτευσεν.* Theophilus hat also als Grund angegeben, dass die Ratihabition des Vaters keine Wirkung haben könne, weil es nicht ein Geschäft war, welches den Vater anging und mit Rücksicht auf ihn unternommen worden war.

Hat aber der Scholiast recht, wenn er anzunehmen scheint, dass Kobidas und Theophilus sich widersprechen? Wahrscheinlich handelt es sich um ein Missverständniss. Kobidas hat sagen wollen, dass der Vater de peculio hafte: Theophilus aber wollte nur sagen, dass der Vater durch seine Genehmhaltung nicht negotiorum gestorum actione obligirt werde. Bemerkenswerth ist übrigens, wie die in den Text der Basiliken aufgenommene Summa sich genau an Theophilus anschliesst: *εἰ γὰρ καὶ δοῦλον ἀγοράσω τῷ υἱῷ σου μὴ ὄντα ἀναγκαῖον καὶ σὺ δεκτὸν ἡγήσῃ* (wohl exhellenisirt für *ῥατοναβιτεύσῃς*), *οὐκ ἐνέχῃ μοι.* Man ist danach geneigt zu vermuthen, dass jene Summa (Anonymi) nach dem Index des Theophilus bearbeitet worden ist.

IV.

Dig. 5, 3, 57.

Bas. 42, 1, 57 ed. Heimb. IV p. 236 schol. *Ὁ Ἰσίδωρος.*

Die hier hervorgehobene Differenz zwischen Theophilus und Isidorus ist juristisch ganz irrelevant. Das Scholium ist aber historisch interessant. Denn es beweist,

1. dass auch Isidorus einen Index der pars de judiciis verfasst hat (falls hier nicht fälschlich Isidorus statt Dorotheus steht),

2. dass Theophilus Verfasser des unmittelbar voranstehenden Index der l. 57 cit. ist (*μετὰ ταῦτα καὶ σεκοῦνδος ἐπεφύη*), und also wohl auch anderer Indices des Titels

[1]) Nach richtiger Zählung. Vulgo dig. 9.

de hereditatis petitione, welche in den Scholien zu Basil. 42, 1 enthalten sind. (Heimbach schreibt jenen Index dem Stephanus zu: möglich, dass wir hier im *πλάτος* des Stephanus eine Ueberarbeitung des Theophilinischen Index vor Augen haben.)

V.

Dig. 6, 2, 11 § 1.

Bas. 15, 2, 11 schol. 10. Suppl. Bas. p. 44.

„Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur."

Wie die Accursische Glosse, so hat auch Theophilus angenommen, dass hier die Tradition des Niessbrauchs als von einem Nichteigenthümer geschehen anzusehen sei. Anders Stephanus, der im Gegentheil davon ausgeht, dass der Prätor den von einem Eigenthümer tradirten Niessbrauch zu schützen versprochen habe. Die Publiciana findet, so meint er, nur deshalb statt, weil der Niessbrauch durch Tradition bestellt worden sei. Eigentlich entstehe der Niessbrauch durch Vermächtniss oder durch Stipulationsverträge und nur uneigentlich durch Tradition, indem das Unkörperliche eigentlich nicht tradirt werden könne. Einen solchen nicht eigentlich bestellten Niessbrauch schütze der Prätor, und gebe zu diesem Zwecke die confessoria in rem Publiciana.

Um zu verstehen, wie Stephanus behaupten kann, dass der von einem Eigenthümer tradirte Niessbrauch vom Prätor durch die Publiciana geschützt werden sollte, wird man wohl annehmen müssen, dass er in den Worten des Edicts l. 1 pr. D. 6, 2 das non a domino als zu petet gehörig betrachtet habe. (Die in den Text der Basiliken übergegangene Summe des Anonymus zieht sie mit Recht zu traditur.)

VI.

Dig. 12, 1, 4 § 1.

Bas. 23, 1, 4 schol. 4 ed. Heimb. II p. 591.

„Res pignori data pecunia soluta condici potest."

Dass hier eine condictio gegeben wird, scheint den Justinianeischen Juristen (ebenso wie den Glossatoren) Schwierigkeiten gemacht zu haben. Denn die condictio geht regelmässig auf ein dare oportere, der Pfandgläubiger aber kann das Eigenthum am Pfande dem Schuldner nicht gewähren,

weil dieser bereits Eigenthümer ist. Einige (— wer, wird uns nicht gesagt —) hatten deshalb die obige Stelle so auslegen wollen, als ob der Geldwerth des Pfandes condicirt werden könne. Diese Auslegung verwirft Stephanus, nicht als ob man nicht eine certi condictio auf die aestimatio der geschuldeten Sache anstellen könne (vgl. Nr. VII), sondern weil der Text ausdrücklich die Sache selbst condicirt werden lasse. Er führt dann weitläufig aus, dass es im weiteren Sinne Condictionen gebe, die nicht auf ein dare oportere gehen.

VII.

Dig. 12, 1, 9 pr.

Bas. 23, 1, 9 schol. ed. Heimb. II p. 595.

„Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere etc.“

Theophilus folgerte hieraus mit Recht, dass weder aus einer *ἐπερώτησις ἰν φακίενδο* noch statt einer emti actio mit der certi condictio geklagt werden könne: denn in beiden Fällen werde nicht ein certum, sondern dort ein facere, hier ein tradere gefordert.

Stephanus giebt zwar zu, dass weder das Eine noch das Andere condicirt werden könne. Es könne aber Jenes und Dieses zu Gelde geschätzt und dieser geschätzte Werth mit der certi condictio eingeklagt werden: dabei müsse indessen die Gefahr einer plus petitio im Auge behalten werden.

Diese sonderbare Ansicht, welche schon in Nummer VI angedeutet ist, hängt mit der eigenthümlichen Theorie zusammen, welche Stephanus in den dort und hier angeführten Scholien über die Condictionen weitschweifig aber nicht ganz klar vorträgt: einer Theorie, welcher offenbar der besser unterrichtete Theophilus fern gestanden hat.

VIII.

Dig. 12, 1, 11 pr.

Bas. 23, 1, 11 ed. Heimb. II p. 602.

Bekanntlich sind die Gelehrten nicht einig über die Art und Weise, wie Ulpian's Ansicht in l. 11 pr. cit. und in

l. 19 pr. D. de praescriptis verbis mit der des Africanus in l. 34 pr. D. mandati zu vereinigen sei. (Man vergleiche Glück XII S. 6 ff.) Unter diesen Umständen ist es gewiss von Interesse, die Interpretationen der griechischen Juristen kennen zu lernen.

Beginnen wir mit Theophilus. Derselbe hat nach dem Zeugniss des Enantiophanes (Basil. ed. Heimb. II p. 602. 611) die l. 34 pr. so verstanden, als ob das „nihilo magis" einen affirmativen Sinn habe. Und in dem wahrscheinlich von Theophilus herrührenden Index der Stelle (Bas. l. l. p. 121) heisst es auf das Bestimmteste *πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον*.

Auch Cyrillus in seiner Summa der l. 34 pr. (Bas. l. l. p. 121) kann nur so verstanden werden, dass er das Entstehen einer Darlehnsforderung annimmt. (In der Summa der l. 11 pr. cit. — Bas. l. l. p. 602 — umgeht er die Frage.)

Stephanus in der *παραγραφή* zu l. 15 D. 12, 1 versucht eine Vereinigung der Aussprüche von Ulpianus und Africanus nach anderer Richtung.

Anonymus in seiner Summa der Digesten, welche bei den betreffenden Stellen in den Basiliken aufgenommen worden ist, lässt den Widerspruch zwischen l. 11 pr. cit. und l. 34 pr. cit. unverhüllt: dort heisst es *συνέστη δάνειον*, hier *οὐ συνίσταται δάνειον*.

Enantiophanes referirt zuvörderst, dass dem Theophilus entgegen die Anderen in l. 34 pr. *συμφώνως τῷ ῥητῷ* (— so ist zu lesen —) d. i. im Einklang mit dem richtig verstandenen „nihilo magis" des Textes das Entstehen einer Darlehnsforderung n i c h t angenommen hätten. Er selbst versucht sodann eine eigenthümliche Lösung der scheinbaren Antinomie, indem er darauf aufmerksam macht, dass in l. 11 pr. dem Empfänger anheim gegeben sei ut uteretur, in l. 34 pr. aber hievon nicht die Rede sei. Er will damit wohl sagen, dass in dem blossen Hingeben von argentum, welches der Empfänger eventuell verkaufen könne, begreiflicher Weise noch nicht ohne Weiteres ein Darlehn des erst später gelösten Kaufpreises erblickt werden könne.

IX.

Dig. 12, 1, 13 pr.

Bas. 23, 1, 13 schol. 4 ed. Heimb. IV p. 607 sq.

„si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed consumtis eis nascitur condictio."

Stephanus hebt hervor, dass nicht gesagt werde, der Dieb solle die condictio haben, sondern nur, dass eine condictio gegeben werde. Dem Diebe aber könne sie nicht zustehen, da Niemand durch sein Vergehen eine Klage erwerben könne.

Wie sehr Stephanus den Ulpian in D. 47, 2, 12 § 1 missverstanden habe, weist ein alter Scholiast ausführlich nach. Stephanus selbst aber erwähnt, dass Dorotheus und Thalelaeus dem Diebe die Condiction gegeben hätten: was gewiss das Richtige war.

Bemerkenswerth ist, dass Stephanus die hier in Frage stehende Condiction *τὸν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιον* nannte. Denselben Ausdruck braucht Stephanus häufig als einen technischen. Vgl. Bas. 23, 1, 9 schol. 16. cap. 11 schol. 14. cap. 12 schol. 2—4. 6—8. cap. 14 schol. 5. cap. 18 schol. 2. 4. 7. cap. 43 schol. 6. Fabrot und Heimbach übersetzen condictio de bene depensis: richtiger wäre es gewesen zu übersetzen condictio ob bene consumta. In den angeführten Stellen giebt Stephanus verschiedene für diese Condictio massgebende Grundsätze an: so dass sie auf *καλὸν καὶ δίκαιον* beruhe, dass sie eine bona fides des Consumenten, nicht aber dass sie ein *δεόντως δαπανηθῆναι* voraussetze, dass sie entstehe *ἐξ ἐκείνων τῶν αἰτιῶν ἐξ ὧν εἰ δ' ἂν ἡ δεσποτεία τῶν νούμμων ἐπὶ τὸν λαβόντα μετέστη ἐτίκτετο ἀγωγή*, dass sie von dem *ἰν ῥὲμ βέρσο κονδικτίκιος* verschieden sei, dass sie *καὶ ἀγνοοῦντι προσπορίζεται*, dass sie ebensowohl dem Eigenthümer der consumirten Sache als einem Nichteigenthümer zustehen könne u. dgl. m.

Es ist hiebei nicht zu übersehen, dass kein Anderer von den Justinianeischen Juristen auch nur andeutet, dass es einen besonders auszuzeichnenden *κονδικτίκιος ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος* gebe. Selbst der Verfasser der *παραγραφαὶ* zur Summa des Anonymus, der vielfach aus Stephanus schöpft, erwähnt denselben nicht. Und es scheint die Aufstellung des Stephanus

zusammenzuhängen mit seiner Theorie der Condictionen überhaupt, wovon schon oben unter Nr. VI und VII die Rede gewesen ist.

X.

Dig. 12, 1, 25.

Bas. 23, 1, 25 schol. ed. Heimb. II p. 621.

Hier heisst es, dass dem, der zur Restauration eines Hauses Geld dargeliehen hat, ein privilegium exigendi zustehe.

Theophilus lässt dieses Privilegium nur den übrigen persönlichen Gläubigern des Schuldners gegenüber wirksam sein. Stephanus aber sagt, dass zwar in der Regel ein solches Privilegium sich nur auf die persönlichen Forderungen beziehe, dass aber der, welcher Geld geliehen habe zum Wiederaufbau eines Hauses, den Vorrang auch vor den Hypothekargläubigern habe: Stephanus beruft sich dafür auf Dig. 20, 4, 5. Der Verfasser der παραγραφαὶ zur Digestensumme des Anonymus geht nicht soweit, sondern verweist nur auf Dig. 20, 2, 1, wonach der betreffende Gläubiger σιωπηρὰν ὑποθήκην ἐπ' αὐτοῖς τοῖς οἰκήμασι — so ist statt ὀνόμασι zu lesen — habe. (Wie sich die spätere Praxis im XI. Jahrhundert zu der Streitfrage gestellt habe, sagt Nicaeus in dem angeführten Scholium. Auch unter unseren Juristen ist bekanntlich viel Streit über die Vorzugsrechte dessen, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit.)

XI.

Dig. 12, 1, 31 § 1.

Bas. 23, 1, 31 th. 2 c. schol. ed. Heimb. II p. 624 sqq.

Die Compilatoren der Basilikenscholien haben für lib. XII bis einschliesslich XV Digestorum ausser aus den Summen des Anonymus und Cyrillus aus einer Handschrift geschöpft, welche den lateinischen Text (oder den Text eines älteren Index) und dazu zahlreiche und weitläufige Anmerkungen (παραγραφαί), darunter die Mehrzahl von Stephanus, enthielt: darauf weist hin das häufig als Ueberschrift von Scholien wiederkehrende στέφανος ἐν ταῖς παραγραφαῖς oder ἐκ τῶν παραγραφῶν. (Dieselben παραγραφαὶ kommen übrigens auch bei anderen Büchern der Digesten vor, wo die Basilikenscholien ausserdem einen Index oder das πλάτος geben.) In den παρα-

γραφαὶ beschäftigt sich Stephanus vielfach mit den verschiedenen Interpretationen seiner Vorgänger (Dorotheus, Thalelaeus[1]) und besonders Theophilus, dessen Index Stephanus in seinem πλάτος nur überarbeitet zu haben scheint) und seiner Zeitgenossen (die er nur als τινὲς anführt). Und dies ist der Grund, warum wir hauptsächlich bei den aufgezählten Büchern der Digesten so viel von den Meinungsverschiedenheiten der Justinianeischen Juristen wissen.

Zur Charakterisirung der Art und Weise dieser Meinungsverschiedenheiten und ihrer Behandlung durch Stephanus, erwähle ich die παραγραφαὶ zu l. 31 § 1 D. de rebus creditis, einer Stelle, welche αὐτολεξεί, wenn auch unter anderer Inscription und mit verschiedenem Schlusse, in l. 24 § 1 D. de action. emti wiederkehrt, und welche auch den abendländischen Erklärern viele Schwierigkeiten bereitet hat. Sie lautet:

Idem (scil. Paulus) lib. XVII ad Plautium.

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi : is ex peculio quod ad te pertinebat hominem peravit: qui mihi traditus est. Sabinus Cassius, posse te mihi hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. Et hoc verum est: nam et Julianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori: quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit. Sed adicere debuit Julianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum, et quaecumque si cum libero contraxisset deberentur, dominus servi praestaret. Idem dici debet, si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones quas adversus eum habeam praestare domino paratus sim.

Und zu den oben hervorgehobenen und im Folgenden wieder hervorzuhebenden Worten des Textes finden sich nun unter den Basilikenscholien die nachstehenden — in wort-

[1]) Heimbach vermuthet, dass, wo Stephanus von ὁ ἡμέτερος διδάσκαλος spricht, eben Thaleläus gemeint sei.

getreuer Uebersetzung wiedergegebenen — *παραγραφαὶ* des Stephanus:

hominem] Nämlich den vicarius. Wegen des Anderen kann er in rem klagen und wegen desselben liegt zur Zeit keine Frage vor.

condicere] Merke dass hier der *κονδικτίκιος ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου* gegeben wird. Denn da der wirkliche Eigenthümer nach der Strenge keine Klage gegen den bonae fidei possessor hat — denn er steht zu ihm in keinem Contracts- noch Quasicontracts-Verhältnisse, welches ihm den Vorwand zu einer Klage bieten könnte, — so ist es gerecht, damit nicht durch seinen Schaden ein Anderer gewinne, ihm den *κονδικτίκιος ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου* zu gewähren; und zwar weil die condictio furtiva blos gegen den Dieb und den Erben des Diebes geht, der bonae fidei possessor aber offenbar weder ein Dieb noch ein Erbe des Diebes ist.

acturum] Der selige Theophilus liess die negotiorum gestorum de peculio statthaben, da der ordinarius die Geschäfte des bonae fidei possessor geführt habe. Und man kann sagen, der Text deute an, dass der bonae fidei possessor durch den von dem ordinarius ausgeführten Ankauf eines vicarius Einbussen erlitten habe, indem er vielleicht einem Zwischenhändler etwas gegeben oder dem Notar oder dem Zollerheber, und es recht und billig sei, dass dem bonae fidei possessor dies erstattet werde. Indessen mein Lehrer hat bei der Erklärung des Textes hier und in Buch 19 tit. 1 dig. 24 (denn dort findet sich die Stelle wörtlich wiederholt) angenommen, dass nicht der ordinarius, sondern der vicarius die Geschäfte des bonae fidei possessor besorgt habe. Und diese Erklärung (— es ist *ἐξήγησις* statt *ζήτησις* zu lesen —) scheint allerdings dem Zusammenhange des Textes gemässer zu sein. Denn nachdem Paulus vom vicarius gesprochen und gesagt hat, dass derselbe condicirt werden könne, fügt er ohne allen Zwischensatz unmittelbar hinzu, dass wenn dieser durch seine Geschäftsführung den bonae fidei possessor geschädigt habe, d. i. der vicarius, von dem die Rede ist.

nam et Julianus] Das ist soviel als ob er sagte: Was Sabinus und Cassius gesagt haben, welche mit Recht wegen des vicarius dem wirklichen Eigenthümer gegen den bonae

fidei possessor eine Klage gegeben haben, ist so sehr wahr, dass auch Julianus ihm eine Klage giebt, wenn auch nicht dieselbe, welche Sabinus und Cassius gegeben, noch auch gegen dieselbe Person. Jene haben ihm die Condictio gegen den bonae fidei possessor gegeben und ihre Meinung hat Gültigkeit, wie auch Julianus in Buch 19 tit. 1 dig. 24 sagt. Dieser aber sagt: erwägen wir, ob er nicht ex empto gegen den Verkäufer klagen kann: und übrigens hat er selbst ihm die Klage gegeben. Wenn es aber heisst: du kannst auch die Geldstücke, wenn sie vorhanden sind, vindiciren, so verstehe dies als gesagt von Julianus, welcher dem wirklichen Eigenthümer auch noch auf andere Weise als durch die Condictio zu helfen sucht. Und es ist dies weder absurd noch unnütz dem wirklichen Eigenthümer: denn vielleicht fürchtete er den bonae fidei possessor als eine mächtige Person, und es war ihm folglich die ex empto gegen den Verkäufer nöthig.

ex empto actionem] welche Dir durch den ordinarius erworben ist, indem der ex empto durch die Uebergabe des vicarius an den bonae fidei possessor nicht präjudicirt ist. Denn wenn denselben auch der Verkäufer tradirt hat, so hat er ihn doch einem Andern als dem es geschehen musste tradirt, und nicht dem der ex empto gegen ihn klagen konnte, und es blieb daher die ex empto dem wirklichen Eigenthümer unversehrt.

condicere] Der Verkäufer hat nämlich die indebiti condictio gegen den bonae fidei possessor, indem er ihm den vicarius, welchen er dem wirklichen Eigenthümer hätte tradiren müssen, indebite übergeben hat.

ut pretium solvat] Und er zwingt (den Eigenthümer) den Preis des vicarius ganz zu erstatten, und nicht nur bis zum Betrage des Peculiums des ordinarius. Dies nämlich fügt nachher Paulus nach seiner eigenen Meinung hinzu, und zwar nicht ohne Unterscheidung. Denn wenn er den vicarius dem ordinarius tradirt hätte und jener durch diesen dem wirklichen Eigenthümer erworben worden wäre, so würde die Condemnation mit Recht nach dem Masse (— es ist μέτρον statt μέρος zu lesen —) des Peculiums erfolgen. Weil er aber nicht nur den vicarius dem ordinarius nicht tradirt hat, sondern auch der Eigenthümer jetzt ex empto gegen ihn klagen will, damit er ihm den vicarius tradire, so erscheint der Eigen-

thümer gewisser Massen durch Genehmhaltung als der Vertragschliessende und muss von dem Verkäufer nicht blos bis zum Betrage des Peculiums, sondern wegen des Ganzen in Anspruch genommen werden, zumal der Verkäufer die verkaufte Sache nicht eher zu tradiren verpflichtet ist, als bis ihm zuvor der Preis bezahlt ist.

adicere debuit] Nachdem er vorher gesagt, dass die de peculio actio erlösche, wenn das Geld consumirt sei, so fügt er hinzu, damit nicht etwa Jemand sage, dass nunmehr der verkaufte (Sklave) unentgeltlich gefordert werde: nicht anders ist der Verkäufer verhaftet, als wenn der ganze Kaufpreis bezahlt wird.

quaecumque] Dass er den Verkäufer zum Eigenthümer der Geldstücke mache und ihm Verzugszinsen zahle, kurz Alles thue, was ein Käufer, wenn er ein Freier wäre, zu thun haben würde.

Idem dici debet] Der selige Theophilus erklärt dies so, dass es dasselbe ist, wenn auch der Verkäufer nicht Dir, dem wirklichen Eigenthümer, den vicarius tradirt habe, sondern mir, dem bonae fidei possessor, wie ja hier der Fall ist. Und Anderen (— nach schol. 16 gehörte zu denselben Cyrillus —), welche dieses Digestum erläutert haben, ist diese Erklärung als richtig erschienen. Denn nachdem Paulus weiter oben gesagt hat, dass der Verkäufer dem wirklichen Eigenthümer (— es ist zu lesen *ὁ πράτης τῷ ἀληθεῖ δεσπότῃ* —) ex empto nicht anders verhaftet und ihm den vicarius zu tradiren genöthigt ist, als wenn er den vollen Kaufpreis erhält, so fügt er, damit Niemand daraus schliesse, dass der Verkäufer den Pamphilus (— diesen Namen und des vicarius hat Stephanus wohl aus der *ἑρμηνεία* des Theophilus —) noch an sich habe und denselben tradiren könne, wenn er ex empto belangt werde, begreiflicher Weise hinzu: es ist dasselbe, wenn er diesen auch dem bonae fidei possessor tradirt hat, wie hier der Fall ist, und bereit ist die indebiti condictio dem wirklichen Eigenthümer zu cediren, denn auch dann ist er nicht anders zur Cession der indebiti condictio verbunden, als wenn er den vollen Kaufpreis erhält. Mein Lehrer aber hat das vorliegende Digestum folgender Massen

erklärt: Es ist dasselbe, wenn auch der Verkäufer hingegangen ist und dem bonae fidei possessor die peculiares nummos ausgezahlt hat, welche ihm der ordinarius als Kaufpreis des vicarius gegeben hatte. Denn wie? sagt er, vielleicht hat er gerüchtweise von Jemand gehört, dass der wirkliche Eigenthümer des ordinarius ex empto gegen ihn wegen des vicarius zu klagen im Begriff steht, wünscht nun einfach und ohne Prozess den vicarius von dem bonae fidei possessor zu erhalten und dem wirklichen Eigenthümer zu geben, und geht nun hin und giebt zurück das vom ordinarius empfangene Geld, nicht wissend, dass auch dieses Geld dem wirklichen Eigenthümer gehört, sondern im Glauben dass es dem bonae fidei possessor zukomme. Diese Auslegung aber hat er vermuthlich gemacht, erstens, damit wir nicht in Tautologie verfallen: denn zu Anfang der Stelle hat Paulus angegeben, dass der vicarius dem bonae fidei possessor tradirt worden sei, und man würde finden, dass wir nichts weiter anführten, wenn wir auch jetzt sagten, es sei dasselbe, wenn auch der Verkäufer den vicarius dem bonae fidei possessor tradirt habe: denn wie gesagt ist schon zu Anfang der Stelle angegeben, derselbe sei dem bonae fidei possessor tradirt. Sodann aber hat er mit Rücksicht auf die Natur der Sache und den Zusammenhang im Texte gesagt, auf die nummi beziehe sich das solvissem. Denn nachdem der Jurist von den nummi gesprochen, und als Meinung des Julianus angeführt hat, dass, wenn die nummi vorhanden sind, der wirkliche Eigenthümer dieselben vindicirt, selbst aber der venditi actio de peculio unterliegt, durch welche er nach Paulus genöthigt wird, den Kaufpreis des vicarius und die etwaigen Verzugszinsen zu gewähren, wenn aber die nummi consumirt sind, auch die de peculio actio erlösche — setzt er unmittelbar hinzu, dass es dasselbe sei, d. i. dass, was wir gesagt haben von dem Falle, wenn die nummi vorhanden sind und vindicirt werden, wir auch sagen von dem Falle, wo der Verkäufer dieselben an den bonae fidei possessor gezahlt hat; denn auch dann wird er den vollen Preis nebst Verzugszinsen von dem wirklichen Eigenthümer erhalten, vorausgesetzt, dass er bereit ist, die Klagen zu cediren, die er gegen den bonae fidei possessor hat, nämlich die indebiti condictio.

XII.

Dig. 12, 1, 35.

Bas. 23, 1, 35 schol. ed. Heimb. II p. 629.

„Periculum nominum ad eum, cujus culpa deterius factum probari potest, pertinet."

Theophilus versteht die Stelle einfach von dem Falle, wo die Schuldurkunde verwischt oder sonst zweifelhaft geworden ist.

Stephanus will aber viel weiter gehen. Er führt folgende Beispiele eines deterius facere an:

Maevius deponirt die Schuldurkunde bei dem Titius: Titius giebt sie dem Maevius nicht heraus, als dieser klagen will, und in Folge dessen wird der Schuldner entweder durch Verjährung oder weil Maevius beweisfällig wird, frei, oder er ist mittlerweile arm geworden. Ebenso kann die Forderung schlechter werden, wenn ein Vormund, oder der Ehemann, dem die Schuld als Mitgift gegeben worden ist, oder der Curator der Stadt (der zu damaliger Zeit *πατὴρ τῆς πόλεως* genannt wurde) sie nicht rechtzeitig geltend gemacht haben.

Diese Meinungsverschiedenheit ist juristisch indifferent. Sie bezieht sich nur auf das Wort nomen, welches Theophilus als Schuldurkunde, Stephanus als Forderung versteht.

XIII.

Dig. 12, 1, 40.

Bas. 23, 1, 40 c. schol. ed. Heimb. II p. 632 sqq.

Die Erläuterungen des Stephanus und Anonymus zu dieser crux interpretum sind von unseren Juristen hinlänglich beachtet worden. Die Worte am Schlusse der Stelle: sicut est in fructibus sind von Theophilus und Stephanus verschieden gedeutet worden, wie sich aus schol. 11 der Basiliken ergiebt.

XIV.

Dig. 12, 1, 42 § 1.

Bas. 23, 1, 44 schol. 5 ed. Heimb. II p. 642.

Bekanntlich hat die litera Pisana in dieser Stelle ursprünglich curari gehabt, der Corrector aber hat dari corrigirt, und alte Handschriften haben dari curari, wozu die Glosse

bemerkt: si habeas dari curari, bene est: si habeas tantum dari, tunc subaudi curari. Mommsen hat die Lesart dari curari unter Berufung auf die Griechen befolgt. Allerdings muss Stephanus so gelesen haben, indem er *φροντίζειν δοθῆναι* übersetzt. Er führt aber gleichzeitig an, dass Theophilus die Stelle anders auslege, indem er die Promission auf *φροντίδα θέσθαι* lauten lasse. Theophilus hat also blos curari gelesen. Es ist interessant hieraus zu ersehen, wie weit zurück sich ein Schwanken der Lesart verfolgen lässt.

XV.

Dig. 12, 2, 9 § 2.

Bas. 22, 5, 9 schol. 4 ed. Heimb. II p. 533.

„Si damnetur quis post jusjurandum ex famoso judicio, famosum esse magis est."

Zur Erläuterung der verschiedenen Auslegungen dieser Stelle Seitens der Justinianeischen Juristen, sowie zur wiederholten Charakteristik der Darstellungsart des Stephanus möge die folgende Uebersetzung des von ihm herrührenden Scholiums dienen:

„Wenn aber nach Ableistung des Eides gegen ihn nicht (— es ist zu lesen *οὐχ ἡ πρωτ. ἀγ.* —) die ursprüngliche (famose) Klage, sondern die in factum actio aus dem Eide angestellt wird, so wird er nicht infam. Theophilus hat angenommen, dass der Eid ausserhalb des Prozessverfahrens geleistet worden sei, und dass nach diesem von dem Deferenten gegen den Schwörenden wegen der Säumigkeit desselben z. B. die mandati oder depositi actio angestellt worden sei. (Denn auch nachdem der Eid geleistet und die in factum actio entstanden ist, bleibt nichtsdestoweniger die ursprüngliche Klage in Kraft, wie Paulus in dig. 30 des gegenwärtigen Titels deutlich (*φανερῶς* statt *φθάσας*?) sagt.) Andere aber sagen, dass der Richter, wenn z. B. mandati oder depositi geklagt und in diesem Iudicium der Eid (vom Kläger) geleistet war, diesen Eid statt aller Beweise befolgt und die Condemnation ausgesprochen habe. Denn auch in diesem Falle werde der Condemnirte infam, da ja die ursprüngliche Klage angestellt sei. Sage aber nicht, dass es einerlei ist, ob ich die

ursprüngliche Klage oder aber die in factum actio nach geleistetem Eide anstelle, indem du meinst, dass auch so der Verurtheilte infam werde: das sage nicht. Denn wenn ich die ursprüngliche Klage anstelle, so erfolgt demgemäss die entsprechende Condemnation und diese hat die Infamie zur Folge. Wenn ich aber die in factum actio auf Grund des Eides, in Verfolg der etwaigen mandati oder depositi actio anstelle, dann richtet sich die Condemnation blos auf die Sache und die Früchte, nicht auf das was der Beklagte wegen Leugnens und Säumigkeit zu leisten hat, wie aus dem hervorgeht, was Paulus zu Anfang des dig. 30 sagt. Aus dem dort Gesagten ist auch zu lernen, wenn ich die ursprüngliche Klage angestellt und beschworen habe (*ὁρκίσομαι* ist offenbar statt des sinnlosen *ὁρίσομαι* zu lesen), und ich will nach Ableistung des Eides, dass die Verurtheilung auf das Doppelte wegen Leugnens oder Säumigkeit oder auf Infamie erfolge, dass ich alsdann nicht die in factum actio ex jurejurando in die demonstratio aufnehmen darf, wie dies der in dem Digestum angegebene Grund erweist: denn Niemand kann sagen, dass derjenige leugne oder säumig sei, welcher sich ganz auf den Eid und die Loyalität des Klägers verlässt. Im vorliegenden Falle sage also nicht, dass die in factum actio, sondern dass die ursprüngliche Klage angestellt ist und auf Grund derselben die Condemnation erfolgt. Denn die in factum actio ex jurejurando, welche nach Ableistung des Eides statt hat, ist nicht in allen Punkten der ursprünglichen Klage ähnlich. Vielmehr wenn Jemand, der eine Klagforderung zu haben behauptet, bei welcher durch Leugnen das Object verdoppelt wird, z. B. ex lege Aquilia, beschwört, dass ihm geschuldet werde, so erhält er, wenn er die ursprüngliche Klage anstellt, das Doppelte, wenn die in factum actio, das Einfache. So sagt Paulus in dig. 30 des gegenwärtigen Titels, indem er speciell betont, dass, wenn die in factum actio ex jurejurando angestellt wird, nicht der ursprüngliche Klaggrund in Betracht gezogen wird, sondern lediglich der Eid des Klägers massgebend ist."

So Stephanus, dessen Weitschweifigkeiten und Wiederholungen zur Klarstellung nicht immer beitragen! Sein Digestencommentar heisst auch darum ganz passend *τὸ πλάτος*

(— der breite, Fabrot übersetzt es sehr unglücklich mit latior contextus —), wiewohl bei der Wahl dieser Bezeichnung von den späteren Griechen wohl schwerlich ein Tadel hat ausgesprochen werden sollen.

XVI.

Dig. 12, 2, 9 § 4.

Bas. 22, 5, 9 schol. 6 ed. Heimb. II p. 534.

Wenn ein Minderjähriger seinem Gegner den Schiedseid angetragen hat, „et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit."

Die gesperrten Worte hat Theophilus so verstanden, als ob es hiesse hoc ipso quod detulit jusjurandum, und giebt als Grund an: *οὔτε γὰρ ἔδει με τὸν ὅρκον ἐπαγαγεῖν ἀνθρώπῳ ἐπιόρκῳ.* Stephanus aber hält für besser das hoc ipso (*κατὰ τοῦτο αὐτὸ*) so zu deuten, *καθ' ὃ νέος ὢν καὶ δυνάμενος ἀποδείξεσι χρήσασθαι τοῦτο μὲν οὐκ ἐποίησεν, ἐπήγαγε δὲ ὅρκον*, und führt als Grund an, *ὅτι οὐ πᾶς νέος ἤδη καὶ περιγράφεσθαι δοκεῖ κατ' αὐτὸ τοῦτο καθὸ νέος ἐστίν.* Es ist nicht recht ersichtlich, ob diese verschiedene Auffassung des hoc ipso captum praktische Bedeutung haben soll: die erforderliche causae cognitio wird sowohl darauf zu achten haben, ob dem Schwörenden die Ableistung eines falschen Eides zugetraut werden konnte, als darauf, ob der Minderjährige anderweite Rechts- und Beweismittel hatte.

XVII.

Dig. 12, 2, 11 § 1.

Bas. 22, 5, 11 th. 1 schol. 4 ed. Heimb. II p. 538.

Hat Jemand dem petitor gegenüber den ihm deferirten Eid dahin abgeleistet, dass die vindicirte Sache sein Eigenthum sei, und der petitor kommt später in den Besitz der Sache, so hat Ersterer gegen den Letzteren eine in factum actio auf Restitution der Sache cum omni causa; rem et fructus, heisst es in der angeführten Stelle, perceptos ex re . . . restitui mihi placuit: sed et partum editum foetusque pecorum restituendos constat post jusjurandum delatum. Hierzu bemerkt Stephanus: „die in factum actio fordert die *μετὰ τὸν ὅρκον* (— d. i. doch wohl nach der Eidesleistung —) gezogenen

Früchte: denn der Eid ist der Litiscontestation ähnlich. So hat auch der selige Theophilus die Stelle verstanden. Andere haben sie so verstanden, dass, nachdem einmal der Eid deferirt worden sei, die zu irgend einer Zeit gezogenen Früchte und von Sklaven geborenen Kinder und Jungen der Thiere zu restituiren seien: denn der Eid habe ein grösseres Ansehn als das gerichtliche Urtheil." Es ist nicht ersichtlich, warum der von den Einen und den Andern angegebene Grund, die Natur der Abschwörung des zugeschobenen Eides betreffend, die gebilligte Entscheidung zur nothwendigen Folge haben muss. Vielleicht handelte es sich hier um eine Meinungsdifferenz, entstanden durch eine Verschiedenheit der Lesart in dem zuletzt angeführten Worte: so dass die Einen die post jusjurandum datum, die Anderen die post jusjurandum delatum gezogenen Früchte restituirt wissen wollten.

XVIII.

Dig. 12, 2, 30 § 2.

Bas. 22, 5, 30 schol. 5 ed. Heimb. II p. 555.

In der angeführten Stelle ist die Rede davon, dass eine Frau beschworen hat, wie viel ihr als dos geschuldet werde oder wie viel sie als dos eingebracht habe.

Den *θεματισμὸς* dieser Stelle, d. i. den Fall, in welchem ein solcher Eid zu leisten sein kann, hat sich Stephanus anders construirt als Theophilus. Letzterer nimmt an, dass die Ehe wegen Schuld des Mannes geschieden sei und es sich nunmehr um die Restitution der dos handle. Stephanus lässt während der Ehe einen Streit über die dos zwischen Mann und Frau entstehen, und Dieser von Jenem den Eid deferirt werden. Es ist charakteristisch für Stephanus, dass er in solchen irrelevanten Dingen seinen Vorgängern gegenüber sich als der Besserwissende zu zeigen liebt. Weitere Beispiele bietet schol. 14 pag. 553 und schol. 16 pag. 554.

XIX.

Dig. 12, 2, 31.

Bas. 22, 5, 31 c. schol. ed. Heimb. II p. 557.

Die Justinianeischen Juristen unterscheiden — abgesehn von dem juramentum in litem — dreierlei Eide über streitige Ansprüche:

1. *ὅρκος βολουντάριος,* welcher *ἐκ προαιρέσεως* oder *ἀπὸ συναινέσεως ἀπὸ τοῦ ἀντιδίκου ἐπιφέρεται ἔξω δικαστηρίου,*
2. *ὅρκος νεκεσσάριος,* welcher *ἀπὸ τοῦ ἀντιδίκου ἐπάγεται ἐντὸς δικαστηρίου,*
3. *ὅρκος ἰουδικιάλιος,* welcher *ἀπὸ τοῦ δικαστοῦ δίδοται.*

Wird durch einen dieser Eide der Streit zwischen den Partheien beigelegt, so ist die Sache damit definitiv zu Ende, so gut als ob ein Vergleich geschlossen oder ein rechtskräftiges Urtheil ergangen wäre. Eine Wiederaufnahme des Rechtsstreites (retractatio, *ἀναψηλάφησις*) findet nur statt, „si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit", und zwar zufolge des angeführten Textes nur alsdann, wenn der Beklagte in Folge eines ihm vom Richter auferlegten und von ihm geschworenen Eides absolvirt worden ist: „quodsi alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare."

Während nun eine retractatio des *ὅρκος βολουντάριος* unzweifelhaft nicht zulässig ist, dagegen ausnahmsweise ob instrumenta noviter reperta die eines *ἰουδικιάλιος ὅρκος,* scheinen die Griechen zweifelhaft gewesen zu sein, ob für den *νεκεσσάριος ὅρκος* die Regel oder die Ausnahme gilt.

In den Summen des Anonymus und Cyrillus wird die Ausnahme ganz bestimmt auf den Fall eines *ἰουδικιάλιος ὅρκος* beschränkt. (So auch in der Glosse des Accursius.) Dagegen soll Stephanus nach dem Bericht des Gobidas der Meinung gewesen sein, *καὶ τὸν ὃν δικαστὴς* (so ist zu lesen) *καὶ ὃν ἂν ὁ ἀντίδικος ἐν δικαστηρίῳ ἐπαγάγῃ ἀπὸ καινῶν ἰνστρουμέντων ἀνατρέπεσθαι, μόνον δὲ τὸν βολουντάριον τέως μὴ ἀνατρέπεσθαι,* und der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu der Summa des Anonymus, der aus Stephanus schöpft, wiederholt diese Meinung (Bas. II p. 528 sq.)[1]. Stephanus hat denn auch seine Meinung in dem Scholium *Στεφάνου* II p. 557[2]) ausführlich vorgetragen: er legt Gewicht theils auf die oben angeführten Schlussworte, welche nur bei dem *βολουντάριος ὅρκος* die *ἀναψηλάφησις* ausschlössen, theils auf

---

[1]) Vgl. auch den Nomoc. XIV titulorum 13, 18. — [2]) Hier ist *ἢ ἡνίκα οὐκ ἄλλως* (statt *οὐ καλῶς*) *ἐπιχειρεῖς δεῖξαι* zu lesen.

l. ult. C. 4, 1, wo eine retractatio eines *ὅρκος νεκεσσάριος* zugelassen werde.

Der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu Anonymus statuirt übrigens in dem Scholium II p. 529 noch einen Fall der retractatio eines geleisteten Eides, wenn nämlich der Eid *κατὰ βασιλέως* d. i. per genium oder salutem principis fälschlich geleistet worden sei: er beruft sich dafür auf dig. 13 § 6 h. t., mag aber an l. 41 C. 2, 4 gedacht haben.

XX.

Dig. 12, 2, 32.

Bas. 22, 5, 32 schol. 1 ed. Heimb. II p. 558.

„Jurisjurandi gratiam facere pupillus non potest.“

Stephanus will dies so verstehen, dass der Pupill allerdings den Eid erlassen könne, wenn der Tutor sein Vollwort dazu gebe. Er bemerkt aber, dass Theophilus das Gegentheil annehme, indem er sich darauf berufe, dass der Tutor ja regelmässig nicht einmal den Eid deferiren könne.

Die Glosse ist der Meinung des Theophilus. Der Tutor soll dem Pupillen beim Erlass eines Eides nicht auctoritatem prästiren können, quia species donandi est (argumento legis 16 C. 5, 37).

XXI.

Dig. 12, 3, 4 pr.

Bas. 22, 6, 4 schol. 1 ed. Heimb. II p. 579.

„Videamus in tutelari causa quis jurare . . . possit . . . . domini, cujus nomine tutelae ratio postuletur . . .“

Die Glosse versteht die Stelle von dem Falle, si tutor agit nomine pupilli, wegen eines debitum occasione tutelae.

Anders, und wohl richtiger, Theophilus und Dorotheus. Sie beziehen die gesperrten Worte auf die Fälle, in welchen, während der Pupill noch unmündig ist, gegen den Vormund mit der tutelae actio geklagt werden kann; z. B. wo Einer von mehreren Vormündern als verdächtig removirt worden ist, oder wo der Vormund auf Zeit bestellt und die Zeit verflossen ist.

Stephanus aber meint, man solle die Worte nicht so eng auffassen, auch wenn gegen irgend einen Anderen mit der in rem actio oder ad exhibendum oder depositi Namens des Pupillen geklagt sei, könne ein juramentum in litem Seitens desselben in Frage kommen.

Sollte wohl Stephanus in den oben angeführten Worten in pupillari causa gelesen haben, da er am Schlusse des Scholiums ἐπὶ πουπιλλαρίας δίκης hat? Alsdann wäre allerdings seine Bemerkung erklärlich und berechtigt. Andernfalls hat er das, was gesagt werden konnte, mit dem wirklich Gesagten verwechselt.

XXII.

Dig. 12, 3, 4 § 3.

Bas. 22, 6, 4 schol. 4 ed. Heimb. II p. 580.

„ut ex magna causa et postea repertis probationibus"

Stephanus erklärt diese Worte so als ob vel postea etc. (ἢ ἀποδείξ. κτλ.) in disjunctivem Sinne stände, bemerkt aber, dass Theophilus sage οἷον εὑρεθεισῶν ἀποδείξεων, als ob es ut statt et hiesse. Sachlich findet zwischen beiden eine Meinungsverschiedenheit nicht statt: in der Worterklärung aber dürfte auch hier Theophilus den Vorzug verdienen.

XXIII.

Dig. 13, 1, 7 § 2.

Bas. 60, 10, 7 sch. 8. 12. 13. 15 ed. Heimb. V p. 433.

Ob die condictio furtiva schlechthin auch gegen die Erben des Diebes geht?

Cujacius (Obs. 7, 37. 13, 37) glaubt, dass sie gegen die Erben nur gehe, wenn sie schon gegen den Dieb angestellt und mit diesem lis contestirt worden sei, oder doch nur auf soviel als der Erbe durch den Diebstahl bereichert sei. Anonymus und Stephanus waren insofern gleicher Ansicht, als sie aus den Worten „post mortem tamen furis" schlossen, der Erbe könne wenigstens auf das Ganze nicht belangt werden, wenn die gestohlene Sache zur Zeit des Erbanfalls nicht mehr existirt habe. Anders Cyrillus, der wenigstens die angeführten Worte ignorirt: und Anastasius ganz ausdrücklich.

Heut zu Tage ist anerkannt, dass die letztere Ansicht die richtigere ist. S. **Glück** XIII S. 232 ff.

XXIV.

Dig. 13, 1, 10 pr. in fine.

Bas. 60, 10, 10 schol. 3 ed. Heimb. V p. 435.

„— furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effudisse id quod interceperat."

Stephanus versteht das occidisse von dem Fall, wo ein Sklave oder Thier gestohlen und getödtet worden ist. Er erwähnt aber zugleich, dass Theophilus das occidisse auf den Bestohlenen bezogen und angenommen habe, der manifestus fur habe den, der ihn beim Diebstahl betroffen habe, getödtet. Theophilus hat also zu dem occidisse nicht id quod interceperat hinzugedacht, sondern lässt den Bestohlenen, der den Dieb ertappt, von demselben getödtet werden, damit jener nicht den Besitz der gestohlenen Sache erlange, was die condictio furtiva ausschliessen würde [1]).

XXV.

Dig. 14, 3, 13 pr.

Bas. 18, 1, 13 th. 1 cum schol. Supplem. p. 172.

Die Glosse und Glück XIV S. 244 f. zeigen, wie die angeführte Stelle der Digesten auch den abendländischen Juristen Schwierigkeiten gemacht hat. Der Text der Basiliken ist aus der Summa des Anonymus, jedoch mit den beliebten *ἐξελληνισμοί*, den ursprünglicheren Text giebt das schol. 11 in der Ausgabe von Heimbach V p. 341.

Numerius Negidius hatte seinen Sklaven Titius einer ihm gehörigen Oelhandlung vorgesetzt und denselben ermächtigt, nicht nur Waare zu kaufen und zu verkaufen, sondern auch Geld aufzunehmen. So hatte Titius von dem Aulus Agerius Geld dargeliehen erhalten. Aulus Agerius klagte mit der proposita actio d. i. der institoria, indem er glaubte, das Geld sei von dem Titius zum Ankauf von Waare aufgenommen. Die vom Prätor ertheilte formula wird gelautet haben:

---

[1]) Eine richtige Auslegung der Schlussworte von Dig. 13. 6, 5 § 10 giebt Cobidas (*Κουβίδης*), eine mangelhaftere Anastasius. Vgl. Basil. ed. Heimb. II p. 10.



Iudex esto. Quod Titius, cum illi tabernae oleariae institor a Numerio Negidio praepositus esset, mercis causa centum ab Aulo Agerio mutua accepit, si paret Titium, si liber esset, Aulo Agerio centum dare oportere, judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

Konnte nun Aulus Agerius das in der Demonstratio Behauptete, dass das Darlehn von Hundert mercis causa dem Titius gegeben sei, nicht beweisen, so musste er sachfällig werden. Die certi condictio aus dem Darlehn war aber durch den Prozess consumirt, und zwar wegen der ganz allgemein lautenden intentio so sehr, dass Aulus Agerius der Strenge nach auch nicht einmal mehr mit Weglassung der Worte „mercis causa“ aus dem mutuum klagen konnte, obwohl Titius zur Aufnahme eines Darlehns ermächtigt war. Hiezu bemerkt jedoch Ulpianus: Julianus utilem ei actionem competere ait.

Anonymus, Stephanus, Cobidas denken an die condictio certi ex mutuo institoria, welche demungeachtet als utilis von Aulus Agerius angestellt werden könne. Stephanus (und nach ihm der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu der Summa des Anonymus) hebt hiebei als befremdend hervor, dass eine stricti juris actio (nämlich die certi condictio), welche consumirt sei, nochmals als utilis soll angestellt werden können.

Thalelaeus dagegen hat an eine certi condictio utilis de peculio gedacht, wo freilich der Aulus Agerius nur so weit Befriedigung würde erlangen können, als Mittel zu derselben im Peculium des Titius vorhanden sind. Man wird jedoch diese Deutung der utilis actio kaum als erträglich bezeichnen können. Denn dem ganzen Zusammenhange nach kann nur von der institoria actio die Rede sein, auf die de peculio fehlt jede Hindeutung. Und wenn letztere als zulässig betrachtet wäre, so würde man fragen können, wie so dadurch die consumirte certi condictio als utilis wieder aufleben könne.

Was endlich Cyrillus betrifft, so mag noch angemerkt werden, dass derselbe mit seinem *καλῶς κινεῖς* die Schwierigkeit umgangen hat.

XXVI.

Dig. 14, 4, 5 § 1.

Bas. 18, 2, 5 th. 2 c. schol. Supplem. p. 181.

Es handelt sich hier um die Auslegung der Worte „de peculio ejus dandam actionem.“ Theophilus versteht sie von einer actio de peculio vicarii, Stephanus von einer actio de peculio ordinarii. Ganz dieselbe Verschiedenheit der Auslegung findet sich unter den Glossatoren. Accursius bemerkt zu den angeführten Worten: de peculio ejus scil. vicarii secundum quosdam, et bene: alii scil. ordinarii, quod non placet. Nicht recht begreiflich ist, wie Stephanus in schol. 23. 26. 27 von einer actio tributoria de peculio sprechen kann.

XXVII.

Dig. 14, 4, 7 § 1.

Bas. 18, 2, 7 cum schol. 47. Supplem. p. 185.

„— si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit, Pedius refert audiendum eum.“

Hiezu bemerkt das angeführte Scholium: „Es kann der „Herr die Vertheilung der Waaren von sich ablehnen, wenn „er auf das ihm vom Sklaven Geschuldete verzichtet. Der „selige Dorotheus hat im Einklang mit dieser Bemerkung den „Index des Textes verfasst: ebenso der gelehrte Antecessor „Joannes (Cobidas?). Jedoch Thalelaeus berühmten Ange- „denkens hat den Text nicht so verstanden, sondern giebt „dem Herrn das Recht, die Vertheilung abzulehnen, wenn er „den Gläubigern nicht die Waaren selbst, sondern deren Ver- „theilung nach ihrem Belieben zu überlassen bereit ist.“

Ich verstehe dies so, als ob die Genannten verschiedener Meinung gewesen seien darüber, was das mercibus cedere paratus besage. Thalelaeus erblickte darin einen einfachen Verzicht auf das regelmässig stattfindende eigene Vertheilen. Dorotheus glaubte, dass der Herr zugleich auf jeden Antheil an den von den Gläubigern zu vertheilenden Waaren verzichten müsse.

XXVIII.

Dig. 17, 1, 48 § 1. 2.

Bas. 14, 1, 48 th. 2 c. schol. ed. Heimb. II p. 129.

Der Text lautet in der Ausgabe von Mommsen:

§ 1. Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. § 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis[1]) credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, jam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.

Die Basiliken geben zu dieser Stelle:

1. den Index des Theophilus. (Im Titel mandati ist der Index überall von Theophilus.)
2. die Summa des Anonymus.
3. die Summa des Cyrillus.
4. den Stephanus *ἐκ τῶν παραγραφῶν*.
5. eine Bemerkung des Enantiophanes über die Auslegungen des Theophilus und des Dorotheus.
6. eine *παραγραφὴ* zur Summa des Anonymus.

Die Eigenthümlichkeiten, welche sich aus diesen Stücken ergeben, sind folgende:

Zunächst scheint Theophilus nicht ut cui vis credas gelesen zu haben, sondern ut cum vis credas: denn er sagt *ἵνα οὖν ἐὰν βουληθῇς δανείσας κτλ.* Man müsste denn Mommsen beistimmen, der hier *ἵνα ᾧτινι ἐὰν βουλ.* zu lesen vorschlägt. Sodann berichtet Enantiophanes, dass Theophilus das *ἐμοὶ* für *σοὶ* genommen habe (*παρέλαβε*): er sage *ἀχρήστως σοι ἐντέλλομαι ἀγοράζειν ὃν ἂν θέλῃς ἀγρόν*. Versteht man dies so, dass Enantiophanes hier die eigenen Worte des Theophilus anführe, so müsste man folgeweise annehmen, dass der Index der l. 48 nicht von Theophilus sei, und dass Theophilus im Texte am Schlusse von § 2 gelesen habe: quemadmodum si mandem tibi ut quem vis fundum emas.

---

[1]) Wohl besser cui vis. Anonymus und die *παραγραφὴ* zu demselben haben *ᾧτινι θέλῃς* oder *ᾧτινι θέλεις*.

Allein nach dem was derselbe Enantiophanes vom Index des Dorotheus berichtet, und nach dem was Stephanus in schol. 10 als seine Meinung anführt, kann der Index unserer Stelle weder dem Einen noch dem Anderen zugeschrieben werden, so dass nur Theophilus als Urheber desselben übrig bleibt; zudem schreiben die Scholien der Basiliken zu Buch 14 Tit. 1 cap. 22 th. 9 ff. den Index des Titels mandati ausdrücklich dem Theophilus zu. Ist aber der Index unserer Stelle von Theophilus, so hat Enantiophanes offenbar nur sagen wollen, man könne denselben nicht anders verstehen, als dass Theophilus das mihi des Textes für tibi genommen habe. Und in der That ist bemerkenswerth, wie sich Theophilus im Index ausdrückt. Er sagt nicht *ἵνα ὃν βουληθῇς ἀγρόν μοι ἀγοράσῃς*, sondern *ἵνα μοι ὃν βουληθῇς ἀγρὸν ἀγοράσῃς·* er fügt ferner hinzu *ἀγοράσας δὲ σὺ τὸν ἀγρὸν ἐζημιώθης.* Hier scheint sogar *σοὶ* statt *σὺ* gelesen werden zu müssen, weil nicht wohl abzusehen ist, wie der geschädigt werden soll, der für einen Anderen ein Grundstück kauft. Und es würde mithin Theophilus das mihi des Textes als incorrect und gleichgültig, nicht aber als *ἐμφαντικῶς* gebraucht betrachtet haben.

Auf andere Weise hat Dorotheus nach des Enantiophanes Bericht die Schwierigkeit zu beseitigen gesucht. Er betrachtet die Worte des Textes „Ceterum — formam est" als eine Parenthese. Dann bedeutet das quemadmodum, dass auch, si mandem ut mihi quem vis fundum emas, mandatum potest consistere.

Sehr sonderbar ist die Summa des Cyrillus: das Ceterum bis formam est lautet hier *εἰ δὲ σῷ κινδύνῳ καὶ κέρδει, οὐκ ἔστι μανδάτον.* Entweder liegt hier eine Corruptel vor, oder Cyrillus hat einen verschiedenen Text vor Augen gehabt[1]).

Endlich es haben Alle gelesen: ut mihi quem vis fundum emas (Theophilus *ὃν βουληθῇς ἀγρὸν*, Dorotheus *ἀγρὸν ὃν θέλεις*, Anonymus *ἀγρὸν ὃν ἂν θέλῃς*, Cyrillus *ὃν θέλῃς ἀγρόν*). Nur Stephanus will lieber quemvis lesen, indem er *οἱονδήτινα* vorzieht. Ob seine Gründe stichhaltig sind und ob mithin die Lesart quemvis von Mommsen mit Recht befolgt ist, mag dahingestellt bleiben.

---

[1]) Vgl. hiezu Glück XV S. 215 Anm. 32.

XXIX.

Dig. 17, 2, 60 pr. 22, 1, 1 § 1.

Bas. 12, 1, 58 th. 1. 23, 3, 1 th. 2 c. schol. ed. Heimb. I p. 763. II p. 674.

Ueber die Auslegung der angeführten Stellen herrscht unter den Justinianeischen Juristen ebenso Meinungsverschiedenheit, wie unter den abendländischen. (Ueber Letztere ist **Glück** XV S. 442 nachzusehen.)

Anonymus, Cyrillus, Stephanus gehen davon aus, dass die beiden angeführten Stellen von ganz verschiedenen Fällen sprechen: die erste von dem Falle, wo ein Gesellschafter einen **Gewinn** ex societate, *προφάσει τῆς κοινωνίας*, macht: die andere von dem Falle, wo ein Gesellschafter über Kapitalien der Gesellschaft verfügt.

Im ersten Falle soll er zur Schadloshaltung der Gesellschafter wegen nicht Ueberweisung des Gewinns nur unter einer **doppelten** Voraussetzung verpflichtet sein, nämlich, dass er sich in mora befinde **und** dass er den Gewinn in eigenen Nutzen verwendet habe. Im andern Falle aber schon dann, wenn er überhaupt ein Gesellschaftskapital für sich benutzt habe, auch wenn ihm noch keine mora vorgeworfen werden könne.

Es ist nicht zu leugnen, dass diese Unterscheidung sich mit den Worten der l. 60 pr. nach der Lesart der Florentina (und dieselbe Lesart scheinen die oben genannten Juristen vor Augen gehabt zu haben) im Einklang befindet. Fragt man aber, aus welchem Grunde wohl eine solche Unterscheidung gemacht sein dürfte, so findet man bald, dass es derselben an innerlicher Berechtigung fehlt: denn warum sollte im ersten Falle *σύγχρησις* **und** *μόρα* erforderlich sein, da doch die *σύγχρησις* stets eine *μόρα* involvirt? (Sie stellt ein furtum usus dar, und fur semper moram facere videtur.) Man wird sich daher der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass die genannten Juristen sich im Irrthum befinden und dass die Lesart cum ea pecunia ipse usus sit entweder verderbt sein muss (wie Cujacius will) oder aber ganz anders zu verstehen ist. (In reddendo lucro moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, besagt, dass eine mora (ex re) vorlag,

weil der Gesellschafter das Geld für sich benutzt hatte. Wenn es dann in l. 60 pr. weiter heisst, si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, so ist zu mora hinzuzudenken ex persona s. ex interpellatione, grade wie schon die Glosse in l. 1 § 1 cit. zu mora ein alia supplirt.) Das ist auch anderen griechischen Juristen keineswegs entgangen. Wenigstens hat Theodorus (schol. 5 zu Bas. 23, 3, 1 th. 2) angenommen, dass auch in l. 60 pr. D. pro socio der Socius zur Zinsenzahlung für verpflichtet erklärt werde, wenn er den Societätsgewinn nicht sine mora einwerfe oder für sich benutze (*εἰ μὴ ἄρα ποιήσει μόραν ἢ συγχρήσεται*): grade wie dies in l. 1 § 1 D. de usuris für das Societätskapital vorgeschrieben sei.

Die Worte der l. 1 § 1 cit. „pecuniam communem invaserit“ versteht Anonymus und Joannes von einem furtum (*ὑποκλέψας τὰ κοινὰ χρήματα* oder *ψυχῇ κλέπτοντος κατέσχε*), als ob nicht ein furtum erst durch die nachfolgenden Worte „vel in suos usus converterit“ constatirt würde. Das Richtige hat auch hier Theodorus, indem er von dem *βίᾳ κατασχὼν τὰ ἐπίκοινα χρήματα* spricht, den Räuber also als einen improbior fur demjenigen voranstellt, welcher sich eines blossen furtum usus schuldig macht.

Der in mora befindliche Schuldner hat bekanntlich das gesammte Interesse zu erstatten, bez. bei dazu geeignetem Object Verzugszinsen zu zahlen. Demgemäss ist derjenige Socius, welcher heimlich das von den Gesellschaftern eingeschossene Geld oder das in Geschäften der Gesellschaft gewonnene Geld zum eigenen Vortheil benutzt, der Gesellschaft Zinsen zu zahlen verpflichtet. So sagt Papinianus in l. 1 § 1 bestimmt: „praestabuntur usurae“. Pomponius in l. 60 pr. modificirt dies, indem er sagt: usuras quoque praestare debere, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse. Hier scheint nun Stephanus wieder zwischen dem Fall der l. 1 § 1 und dem Fall der l. 60 pr. einen Unterschied machen zu wollen: wo das Gesellschaftskapital benutzt ist, sollen einfach die gesetzlichen Verzugszinsen bezahlt werden: wo aber das aus der Societät gewonnene Geld, soll das Interesse vergütet werden, also unter Umständen ein höherer Zins als der gesetzliche. Das Letztere

hält er für eine Besonderheit dieses Falles. Als Grund für diese angebliche Eigenthümlichkeit wird angegeben bald **οἱ τόκοι τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν, καρπὸς δὲ καρπῶν** (d. i. von dem Geldgewinn) **οὐκ ἀπαιτεῖται**, bald: **πῶς γὰρ ἐδύνατο τόκους ἀπαιτεῖσθαι χρημάτων ὧν αὐτὸς δεσπόζει; δῆλον γὰρ ὅτι τοῦ κέρδους ὁ τοῦτο περιποιησάμενος δεσπότης ἐστίν.** Wie unbegründet aber die gemachte Unterscheidung ist, hätte Stephanus schon aus dem Vergleich mit Dig. 17, 1, 10 § 3 [1]) ersehen müssen. Und so ist sicherlich auch die von Stephanus angeführte Bemerkung des Dorotheus und Thalelaeus, dass unter Umständen höhere Zinsen verlangt werden könnten, ebensowohl auf l. 60 pr. cit. als auf l. 1 § 1 cit. zu beziehen.

XXX.

Dig. 23, 3, 54.

Bas. 29, 1, 50 cum schol. ed. Heimb. III p. 389.

„Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.“

Wie diese Stelle mit Cod. 5, 12, 12 zu vereinigen sei, ist bekanntlich sehr streitig.

Enantiophanes will unterscheiden, ob das Geld als Dos gegeben, oder während der Ehe aus dem Verkauf von Produkten dotaler Grundstücke gelöst ist: hier sollen die mit dem Gelde erkauften Sachen dotales werden, dort aber nicht.

Stephanus macht eine andere Distinction, je nachdem nämlich der Ehemann solvent ist oder nicht. In letzterem Falle werde in Folge obigen Grundsatzes die erkaufte Sache der zu restituirenden Dos zugerechnet und derselben ein Vorzugsrecht vor allen übrigen Gläubigern gewährt.

Das will Enantiophanes nicht gelten lassen, weil es schon anderweit feststehe, dass die Frau ein gesetzliches Pfandrecht habe. Allein Stephanus hatte schon darauf aufmerksam gemacht, dass dies etwas Verschiedenes sei. Das gesetzliche Pfandrecht findet am Vermögen des Mannes statt, welches aber bei einem insolventen Manne keine Hülfe gewährt. Das

---

[1]) Vgl. noch Bas. II p. 53 sq. schol. 3 ad Dig. 16, 3, 25 § 1. — In schol. 9 zu Bas. 14, 1, 10 th. 4 ed. Heimb. II p. 83 (wo statt **Παῦλος** wohl **Παπιανὸς** zu lesen ist) verweist freilich Stephanus wiederum auf seine irrigen Ausführungen zu l. 1 § 1 de usuris.

Recht dagegen, welches die l. 54 cit. im Gegensatze zu dem in Cod. 5, 12, 12 ausgesprochenen Grundsatze der Frau gewähre, bestehe darin, dass sie bei Insolvenz des Mannes mit einer directa in rem actio die betreffende Sache von jedem Besitzer vindiciren könne.

Das die l. 12 C. 5, 12 den obersten Grundsatz enthalte (in Verhältniss zu welchem die l. 54 cit. nur als Ausnahme zu behandeln sei), scheinen auch sowohl Thalelaeus als Theodorus angenommen zu haben. Stephanus bemerkt übrigens zuletzt, dass man die l. 54 cit. allenfalls auch von dem in Dig. 24, 3, 22 § 13 in fine behandelten Falle verstehen könne.

Schliesslich mag noch erwähnt werden, dass die Ansicht des Thalelaeus und der Erklärungsversuch des Stephanus referirt werden im schol. d zu Epanag. 18, 17, und dass dieses Scholium und zugleich das Basilikenscholium in den Scholien zu Harmenop. IV, 10 (8), 25 reproducirt ist. (Zu letzteren ist Cujac. Observ. 5, 29 und Reitz in den Anmerkungen zu vergleichen.)

XXXI.

D. 35, 3, 1 § 3.

Bas. 41, 2, 1 th. 4 c. schol. ed. Heimb. IV p. 135 sq.

Text und Scholien der Basiliken (— im Scholium 6 ist in der Heimbach'schen Ausgabe aus Versehen hinter *τὴν τοιαύτην* das Wort *καυτίονα* ausgefallen, was sich bei Fabrot findet —) zeigen, dass die Digestenstelle den Justinianeischen Juristen Schwierigkeiten gemacht und Zweifel erregt hat. Mommsen bemerkt in seiner Ausgabe der Digesten: haec perturbata esse optime intellexerunt Graeci interpretes, qui lectionem plane confirmant adeoque verba n o n a m p l i u s . . . . n e c m i n u s citant Latine: quid voluerit Ulpianus, extra dubium est, nam cum stipulationem de reddendo legato et a Titio et a Seio interponi jubeat, sequitur ut partem dederit etiam Seius. Mommsen schlägt demgemäss vor, hinter nec minus einzuschalten: centum quae desunt erogari a Seio.

Indessen einer so kühnen Conjectur bedarf es wohl nicht. Die Griechen, wenigstens Einige von ihnen, haben, wie mir scheinen will, in den betreffenden Worten anders interpungirt und gelesen: certe nec minus secundum: quo (statt quod)

eveniret u. s. w. Unter dem secundus ist der zweite Substitut d. i. Seius gemeint. In schol. 4 (der Summa des Cyrillus) heisst es demgemäss *τῷ δευτέρῳ ἁρμόζει ἡ ἐπερώτησις*, und in schol. 6b *τῷ β' κομμιτεύεται*. Nach dieser Interpunction ist die Sache klar. Titius soll seinen Theil von den vermachten 300 und Seius nicht weniger d. i. ebensoviel zahlen. So kann nun Jeder 150 zahlen, da ihm dann immer noch die Quarta verbleibt, und der Legatar erhält seine vollen 300. Es sind dann die Worte „nam trecenta nullo modo eum praestare“ nur von Titius allein, nicht von Titius und Seius zu verstehen.

XXXII.

Dig. 37, 9, 1 § 26.

Bas. 40, 4, 4 sch. 12 ed. Heimb. IV p. 72.

„— conscribere tamen curatori debent et vendenti et inventarium rerum facienti.“

Hier scheint Dorotheus „debet“ gelesen zu haben: denn er sagt, dass die schwangere Frau zugegen sein müsse. Der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu des Anonymus Summa der Digesten aber hat „debent“ vor Augen, indem er auch den eventuellen Erben mit zugezogen werden lässt. Die Summa selbst, welche in den Text der Basiliken aufgenommen ist, lässt es völlig unentschieden, welche Lesart die richtigere sein dürfte.

XXXIII.

Dig. 38, 17, 2 § 30.

Bas. 45, 1, 2 schol. 20 ed. Heimb. IV p. 491.

„Quid si cum praegnas esset bonis non petiit curatorem? dico in sententiam incidere. nam et si apud hostes habuit impuberem idem erit dicendum.“

Die Summa dieser Stelle, welche der Basilikentext aus der Summa des Anonymus entlehnt hat, lautet: *καὶ ἡ ἔγκυος μὴ αἰτοῦσα τοῖς πράγμασι κουράτωρα τῆς τοῦ τικτομένου κληρονομίας ἐκπίπτει. ὅπερ ἐστὶ καὶ ὅτε σχῇ παρὰ τοῖς πολεμίοις παῖδα.* Hiezu bemerkt der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu der Summa des Anonymus: „Dorotheus sagte, sie „müsse für das kriegsgefangene unmündige Kind einen *ἐπίτροπος*

„erbitten. Er sagt dies aber nicht mit Recht: denn sogar „die bestehende Tutel erlischt durch die Kriegsgefangenschaft „des Tutors oder des Unmündigen, wie in den Institut. „Buch 1 Tit. 22 (§ 1) und in Buch 26 Tit. 1 dig. 14 (§ 2) „gesagt ist. In dem lateinischen Texte heisst es, dass die „Schwangere, welche keinen Curator für das Vermögen erbittet, „gestraft wird, was auch der Fall sei, wenn ihr Kind kriegs„gefangen sei, d. i. wenn sie nicht einen Curator für das Ver„mögen desselben erbitte. Denn das Vermögen des Kriegs„gefangenen steht unter Cura, wie Buch 26 Tit. 1 dig. 6 „(§ ult.) und Buch 42 Tit. 4 dig. 6 (§ 2) steht."

Sollte wirklich Dorotheus übersehen haben, dass von einem impubes nur deshalb die Rede ist, weil die Mutter zur Erbittung von Curatoren für die adulti grundsätzlich nicht verpflichtet ist, und dass in der Unmündigkeit des kriegsgefangenen Kindes der Grund liegt, warum die Mutter, wenn sie statt eines hier nicht zulässigen Tutors nicht wenigstens einen Curator für das Vermögen erbittet, mit dem Verluste des Successionsrechts bestraft wird? Oder hat Dorotheus, indem er von Erbittung nicht eines tutor, sondern eines *ἐπίτροπος* spricht, diesen Ausdruck in dem nicht technischen Sinne einer Person, welcher eine Verwaltung übertragen ist, gebraucht?

XXXIV.

Dig. 39, 6, 42 pr.

Bas. 47, 3, 42 schol. 1 ed. Heimb. IV p. 612.

Dorotheus hat in dem Index dieser Stelle den Ausspruch gethan, dass eine doli exceptio allemal den Prozess zu einem bonae fidei judicium mache. Der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu der Summe des Anonymus ist dagegen zweifelhaft, indem er bemerkt, dass ihm eine Stelle, in der dies ausgesprochen wäre, nicht bekannt sei: er wisse nur, dass in allen in factum exceptiones sowie in den bonae fidei actiones die exceptio doli enthalten sei, wofür er sich beruft auf Dig. 24, 3, 21. 44, 4, 2 § 7.

Es hiesse Eulen nach Athen tragen, wenn ich des Näheren auf diese Controverse eingehen wollte: erschöpfend hat dieselbe behandelt Keller in der Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 400.

XXXV.

Dig. 47, 2, 81 § 6.

Bas. 60, 10, 18 schol. 6 ed. Heimb. V p. 445.

Hier hat Stephanus statt circumvenerit gelesen convenerit, und ebenso nach der Relation des Stephanus Thalelaeus. Letzterer indessen scheint das Wort gleichwohl im Sinne von circumvenerit verstanden zu haben.

XXXVI.

Cod. 1, 5, 21.

Bas. 21, 1, 45 schol. 1. 6 ed. Heimb. II p. 416 sq.

Die Judaei, oder qui Judaicam superstitionem colunt, welche nicht Zeuge sein können in einem Rechtsstreit, in welchem beide Parteien oder auch nur die eine rechtgläubig sind, werden zu Anfang der Constitution den haeretici zur Seite gestellt, weiterhin aber (aliis vero haereticis) anscheinend unter den haeretici begriffen.

Die griechischen Interpreten haben in Folge dessen Zweifel darüber, ob hier unter den Judaei nicht vielmehr die Nestorianer zu verstehen, oder ob die Juden (ἑβραῖοι) zu den Häretikern zu rechnen seien.

Ausser den angeführten Basilikenscholien ist hierüber noch zu vergleichen das Paratitlon zu tit. 9 lib. I des Codex im ersten Theile der Collectio constitutionum ecclesiasticarum tripartita, und const. LXII (Nov. 45) c. 1.

XXXVII.

Cod. 1, 51, 7. 2, 7, 4.

Bas. 8, 1, 19. 23 schol. Thalelaei ed. Heimb. I p. 341 sqq. 344 sqq.

Im J. 422 erging eine kaiserliche Verordnung, von der Stücke zuerst im Theodosischen (1, 35, 2 und 2, 10, 6) und daraus im Justinianeischen Codex (1, 51, 7 und 2, 7, 4) aufgenommen worden sind, kraft deren der filius familias adsessor und advocatus den Erwerb, den er als solcher gemacht, post patris obitum veluti peculium castrense ad exemplum militum soll vindiciren können.

Es war diese Verordnung dahin ausgelegt worden, dass der adsessor und advocatus filius familias ihren Erwerb nicht

blos nutzen, sondern auch als volles Eigenthum haben sollten, gleich wie der miles sein peculium castrense, wonach sie denn auch darüber zu testiren berechtigt sein mussten.

Thalelaeus[1]) glaubte dieser Auslegung widersprechen zu sollen. Denn sie lasse das in beiden angeführten Stellen vorkommende post obitum patris unberücksichtigt, und sie lasse unerklärt, wie in der jüngeren c. 8 C. 2, 7 es als ein besonderes Privilegium der advocatio praetoriana hervorgehoben werden könne, dass deren Erwerb den Vätern keinen Vortheil bringen, also von ihr ausschliesslich genutzt und als Eigenthum besessen werden solle. Demgemäss will Thalelaeus vielmehr die Verordnung dahin verstehen, dass die filii familias bei Lebzeiten des Vaters nicht als Eigenthümer ihres Erwerbs ex adsessione oder advocatione anzusehen sind, aber nach dem Tode des Vaters denselben allein behalten. Der gedachte Erwerb soll gleich stehen den Adventitien der l. 6 C. de liberis, so dass der Vater während seiner Lebzeit den Niessbrauch habe. Wenn die Verordnung einen adsessor oder advocatus dem miles, seinen Erwerb dem peculium castrense vergleiche, so sei diese Gleichstellung eben nur post obitum patris gemeint. Nach des Thalelaeus Ansicht konnte mithin der adssessor oder advocatus filius familias über seinen Erwerb ex adsessione oder advocatione bei Lebzeiten des Vaters nicht testiren.

Auf die hier dargestellte Controverse spielt offenbar Justinian in l. ult. C. de inofficioso testamento an, indem er sagt: de aliis autem personis omnibus, quae non per speciale privilegium (wie die advocatio praetoriana) hoc acceperunt, si possint testari dubitatum fuerat, ut puta viris disertissimis patronis causarum etc. (Und der Pseudo-Theophilus in § ult. J. 2, 11 deutet noch bestimmter auf die durch Thalelaeus erhobenen Zweifel, indem er mit einer gewissen Geringschätzung sagt, es habe eine *μικρὰ ἀμφιβολία* darüber bestanden, ob der Haussohn über *τὰ ἀπὸ συνεδρίας ἢ τὰ ἀπὸ συνηγορίας* testiren könne.) Genug, die von Thalelaeus ausgesprochene Ansicht hat offenbar im J. 531 Veranlassung

---

[1]) Ich bemerke, dass in der Ausgabe von Heimbach p. 342 lin. 6 *μὴ δοκῶσιν*, lin. 15 *περὶ τούτου γνώμης*, lin. 40 *ὅμοια* zu lesen ist.



zu der Decision des Kaisers gegeben, welche demnächst im J. 533 in den Institutionen[1]) erwähnt und im J. 534 in die zweite Ausgabe des Codex aufgenommen worden ist.

Hätte Thalelaeus diese Decision bereits gekannt, als er seinen Commentar zu den angeführten Constitutionen schrieb, so wäre es unbegreiflich, wie er die dargestellte Behauptung hätte aufstellen können. Er muss daher seinen Commentar unmittelbar nach dem Erscheinen des Codex im J. 529 zu schreiben begonnen, und den auf lib. I und II bezüglichen Theil vor 531 ausgearbeitet haben. Wir haben hier mithin einen neuen Beweis dafür, dass des Thalelaeus Arbeit wenigstens in ihren Anfängen sich auf die erste Auflage des Codex bezogen hat, wie ich dies früher bereits behauptet habe und wie es Krüger in der Praefatio zu seiner Ausgabe des Codex pag. XIIII vergeblich zu bestreiten versucht hat[2]). Dass freilich der Commentar des Thalelaeus nach dem Erscheinen der zweiten Auflage des Codex wenn auch keine völlige Umarbeitung, so doch Ergänzungen erhalten hat, die unter dem Namen des Thalelaeus cursirten, und wohl von ihm selbst herrührten, soll durchaus nicht in Abrede gestellt werden. Insbesondere ist dies ja auch klar hinsichtlich der ult. C. de inoff. test., deren *κατὰ πόδας* als von Thalelaeus herrührend in dem Tractatus de peculiis angeführt wird. Weiter auf diese Frage einzugehen ist hier der Ort nicht. Das vorliegende Beispiel aber möge zeigen, wie die Verfolgung meiner Hypothese auch in anderer Beziehung und nicht blos für die Kritik des Codex von Wichtigkeit ist.

XXXVIII.

Cod. 2, 3, 8 (9).

Bas. 11, 1, 70 c. schol. 1. ed. Heimb. I p. 649.

„Cum posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvenerit ut ei caveret nullam se contro-

[1]) Auch im Index der l. 3 Dig. 5, 3 (von Theophilus?) in Bas. ed. Heimb. IV p. 184. — [2]) Zur Unterstützung meiner Hypothese habe ich noch Mehreres angeführt in der Krit. Vierteljahrsschrift N. F. Bd. I S. 201 ff. Die l. 13 C. 3, 1 vom J. 530 nennt daher Thalelaeus in schol. Basil. ed. Heimb. I p. 337 geradezu *τοῦ εὐσεβεστάτου ἡμῶν βασιλέως νομοθεσία μετὰ τοῦτον ἐξενεχθεῖσα τὸν κώδικα.*



versiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est, et cum ex ea conventione cum matre tua agi coeperit, judex eam liberabit."

Hiezu bemerkt Thalelaeus:

„Die τῆς οἰκουμένης διδάσκαλοι [1]) (Titel der Antecessoren der Rechtsschulen zu Konstantinopel und Berytus) haben bei Commentirung dieser Verordnung supponirt, dass die Frau mittelst Stipulation eine Conventionalpön versprochen habe, wenn sie wegen des Sklaven klagen würde, und der Heros Patricius hat sogar der Verordnung eine Auseinandersetzung beigefügt darüber, in welchen Fällen die Conventionalpön Geltung behalte trotz Ungültigkeit der Principalverpflichtung. Ich aber finde in dieser Verordnung nirgends eine Hindeutung auf eine stipulirte Conventionalpön, sondern vielmehr nur, dass ein pactum nudum abgeschlossen worden sei. Jene hat sicherlich der Schluss der Constitution bedenklich gemacht, welcher also lautet: wenn deine Mutter aus dieser Convention belangt wird, so wird sie der Richter liberiren, und sie haben deshalb fingirt, dass eine Stipulation stattgefunden habe. Ich aber glaube, dass die Frau ein pactum nudum abgeschlossen hat, und dass die Constitution dieses Abkommen wegen der Betrügerei des Verurtheilten als ein dolo bewirktes für ungültig erklärt und der Frau gestattet hat die Sklaven, wegen deren sie paciscirt hatte, zu vindiciren. Natürlich stellte ihr alsdann der Beklagte die pacti exceptio entgegen, und dieser exceptio gegenüber sagt die Constitution: wenn deine Mutter aus dieser Convention belangt wird, d. h. wenn ihr die pacti exceptio entgegengehalten wird, so wird sie der Richter liberiren, nämlich durch doli replicatio. Das agi coeperit macht mich nicht stutzig (καὶ οὐδὲ τὸ agi coeperit ταράττει με ist zu lesen). Denn es bezeichnet (σημειοῖ) nicht schlechthin einen Kläger, sondern auch einen Beklagten, der eine Einrede vorschützt, nach der Regel: reus in exceptionibus actor esse videtur. Und diese Art des casus scheint mir angemessener zu sein. Da nämlich die Constitution sagt, dass das pactum zu beseitigen sei und nur eine Convention erwähnt, nirgends aber einer

---

[1]) Nach schol. 1 Bas. 11, 2, 27 ed. Heimb. I p. 698 sind ältere Rechtslehrer aus der Zeit vor 500 gemeint.



Stipulation gedenkt, so ist es bedenklich, eine Thatsache hineinzutragen, die in der Constitution nicht enthalten ist. Wer es aber für unbedenklich hält, die Stipulation einer Conventionalpön zu statuiren, der kennt nun die Auslegung der illustren Antecessoren und die meinige, und mag wie er will die Constitution verstehen. Dass übrigens actor und agere auch vom Beklagten gesagt werden kann, [zeigt dig. 1 th. 1 des tit. 13 lib. 2 der πρῶτα, wo es von dem Beklagten heisst:] veniat instructus ad agendum. Wunder hat es mich aber genommen, dass die erwähnten illustren Antecessoren für gut befunden haben zu sagen, dass die Constitutio das pactum für ungültig erkläre, weil es nach dem Endurtheil eingegangen sei. Einen Vergleich mit dem Verurtheilten einzugehen ist zwar nicht statthaft, da der Vergleich eine Uebereinkunft über eine zweifelhafte Forderung ist: ein pactum mit dem Verurtheilten abzuschliessen ist aber anerkannter Massen gestattet. Deshalb haben sie auch selbst das pactum eine Uebereinkunft genannt (*αὐτοὶ — ἐκάλεσαν*), obwohl die Constitution es pactum nannte. Das Richtige ist, dass das pactum ungültig ist, weil die Constitution sagt si circumvenerit, nicht weil es nach erfolgtem Endurtheil eingegangen ist. Dass man im vorliegenden Falle (*ἐν τῷ παρόντι θέματι*) nicht von einem Vergleiche sprechen soll, das haben auch die illustren Verfasser des Codex bezeugt, indem sie die Verordnung in den gegenwärtigen Titel de pactis aufgenommen und nicht für den folgenden aufgespart haben."

Vergleicht man mit diesem Scholium des Thalelaeus die Glosse zu l. 8 (9) C. de pactis, so ersieht man, dass die Glossatoren in ganz gleicher Weise wie die griechischen Juristen verschiedene Ansichten über die Auslegung der gedachten Constitution hatten. Noch interessanter aber sind ein paar weitere Betrachtungen, zu denen das Scholium des Thalelaeus Veranlassung giebt.

Es führt nämlich wie bekannt die Consultatio veteris ICti in c. 9 unsere Constitution aus dem Codex Gregorianus an. Hier hat aber die Constitution am Schlusse hinter liberabit noch den Zusatz: quia de re judicata pacisci nemo potest. Nach der Darstellung des Thalelaeus ist aber nicht anzunehmen, dass dies in der Constitution selbst ausgesprochen

gewesen sei, sondern es muss als ein Glossem betrachtet werden, welches auf der von Thalelaeus berichteten Erklärung der illustren Antecessoren beruhte, und zwar um so mehr, als das de re judicata p a c i s c i — statt transigere — nemo potest den ungeschickten Glossator verräth.

Noch in einer andern Lesart weicht der Text in der Consultatio von dem Texte im Justinianeischen Codex ab. Dort heisst es matrem tuam circumvenerit ut p a c i s c e r e t u r, hier ut ei c a v e r e t. Hier, glaube ich, liegt eine Interpolation vor. Derselbe Glossator, welcher den Zusatz beigeschrieben hatte, mochte über das Wort pacisceretur das Wort ei caveret geschrieben haben, in Folge der Erklärung der illustren Antecessoren, dass eine Stipulation anzunehmen sei. Thalelaeus, der seinen Commentar zur ersten Ausgabe des Codex schrieb, muss noch pacisceretur gelesen haben, weil er jede Hindeutung auf eine Stipulation vermisst, wie sie doch in dem caveret deutlich vorliegt. In der zweiten Ausgabe des Codex scheint man aber das Glossem ei caveret dem pascisceretur substituirt zu haben, vielleicht grade in der Absicht, die Erklärung der illustren Antecessoren der des Thalelaeus vorzuziehen.

XXXIX.

Cod. 2, 4, 3.

Bas. 11, 2, 20 sch. 4 ed. Heimb. I p. 692.

Aquiliana stipulatio heisst eigentlich und ursprünglich die Stipulationsformel, welche Aquilius Gallus behufs Ertheilung einer Generalquittung entworfen hatte; so wird sie in Inst. 3, 29 § 2 und Dig. 46, 4, 18 referirt. Bei dieser Bedeutung ist aber der Sprachgebrauch nicht stehen geblieben, sondern der Name Aquiliana stipulatio ist auch gebraucht worden, als man anfing, die Formel entweder weiter oder aber enger zu fassen.

Von einer weiteren Fassung berichtet Stephanus in dem schol. 1 zu Bas. 11, 2, 4. Durch die interpretatio prudentum [1])

[1]) Unser Digestentext spricht von der interpretatio prudentum und ebenso Stephanus von der *ἑρμηνεία τῶν νομικῶν*. Ein andrer alter Index, welchen Fabrot I p. 804 schol. c giebt, spricht dagegen von der *στενοχωρία τῶν συμφώνων* (!).



war festgestellt worden, dass die Aquilianische Stipulation ungeachtet ihrer ganz allgemein lautenden Fassung dennoch diejenigen Schuldansprüche nicht novire, an welche nicht gedacht worden sei (l. 5 D. de transact.). Damit nun der Schuldner nicht einwenden könne, dass er an Dies oder Jenes nicht gedacht habe, wurde die Aquilianische Formel erweitert. Stephanus giebt die Worte an: *ὅτι τοίνυν αἱ μὴ ἐνθυμηθεῖσαι ἀγωγαὶ κατὰ φύσιν τῆς ἀκουιλιανῆς ὁμολογίας [μὴ καταφέρονται, διὰ τοῦτο τῇ ἀκουιλιανῇ ὁμολογίᾳ*[1]*)] ἰδικῶς ἐντάττονται ταῦτα τὰ ῥήματα· „ἔτι ὁμολογεῖ ὁ δεῖνα μηδένα „λόγον ἔχειν πρὸς τόνδε περὶ τοῦδε ἢ τοῦδε ἢ περὶ ἑτέρου „τινὸς τὸ σύνολον πράγματος μὴ ῥηθέντος ἢ μὴ ἐκφωνηθέντος „ἢ μὴ ἐνθυμηθέντος ἢ μὴ καταχθέντος ἰδικῶς εἰς τήνδε τὴν „ἀκουιλιανὴν ὁμολογίαν, καὶ τὰ λοιπά.“*

Andererseits ist auch eine engere und correctere Fassung bezeugt. Zwar ist niemals „jede Verwandlung einer Obligation in eine Stipulation, um sie durch eine Acceptilation zu tilgen“ Aquiliana stipulatio genannt worden. Aber eine in den Glossae nomicae aufbewahrte Formel lautet: *ὁμολογεῖς χρεωστεῖν μοι τόδε ἀπὸ τῆσδε τῆς αἰτίας.* Und die in der Ueberschrift genannte l. 3 C. 2, 4 lässt einen Vergleich zwischen einem gewesenen Curator und seinem gewesenen Curanden über die Geldbeträge, welche Letzterem ex administratione curae gezahlt werden sollen, durch Aquiliana stipulatio behufs Acceptilation in eine Verbalobligation verwandelt werden. Man wird hienach wohl sagen dürfen, dass nicht blos eine Stipulation nach der ganz allgemeinen von Aquilius Gallus entworfenen Formel mit dem Namen Aquiliana stipulatio bezeichnet worden ist, sondern dass man diese Bezeichnung auch gebraucht hat, so oft zum Zweck einer Acceptilation durch eine Stipulation entweder mehrere Forderungen aus verschiedenen Schuldverhältnissen oder verschiedene Posten aus einem und demselben Schuldverhältnisse zusammengefasst wurden. Und es springt in die Augen, wie bei solchen concreter gefassten Aquilischen Stipulationen vorzugsweise der Grundsatz zur Anwendung kommen musste, dass dasjenige, woran die Partheien nicht gedacht

---

[1]) Im Heimbach'schen Texte ist diese Zeile wegen der *ὁμοιοτέλευτα* ausgefallen. Auch im Folgenden war Mehreres zu emendiren.

haben, durch die Stipulation auch nicht novirt und perimirt sein könne.

Auf diesem Grundsatze beruht denn nun auch die in der l. 3 C. cit. getroffene Entscheidung. Aber ausserdem wird noch gesagt, dass die Anwendung desselben erfolge contemplatione judicii quod est bonae fidei. Und für die Interpretation liegt in diesen Worten unverkennbar eine grosse Schwierigkeit.

Die griechischen wie die abendländischen Juristen verstehen unter dem judicium quod est bonae fidei die utilis negotiorum gestorum actio, welche der Curand gegen den Curator hat.

Der Heros Eudoxius und der Heros Patricius nahmen an: was hier von dieser actio gesagt sei, gelte wegen der allgemeinen Fassung der Texteswortc von allen bonae fidei actiones. Demosthenes aber „berühmten Angedenkens“ betrachtet — uneingedenk der l. 5 D. de transact. und mit Rücksicht auf die absolute Vorschrift der l. 4 C. eod. — die Entscheidung der l. 3 C. cit. als eine ganz singuläre, deren Gültigkeit daher auf den Fall der negotiorum gestorum actio beschränkt werden müsse. Wie aber, wenn bei dem „judicium quod est bonae fidei“ zu denken wäre an eine replicatio doli des Klägers, gegründet auf die Behauptung, dass die excipiendo vorgeschützte Klage aus der Aquiliana stipulatio — einer actio incerti ex stipulatu — ex fide bona wie in einem bonae fidei judicium zu beurtheilen sei? Jedenfalls kann hier von einem zu statuirenden rechtlichen Unterschiede zwischen stricti juris uud bonae fidei actiones, wie Eudoxius und Patricius meinen, wohl nicht die Rede sein!

XL.

Cod. 2, 4, 6.

Bas. 11, 2, 23 schol. 4 ed. Heimb. I p. 695.

Wenn ein Vergleich nicht innegehalten wird, so kann auf das Interesse geklagt werden. Ist dem Vergleiche eine Stipulation angeschlossen, so hat eine ex stipulatu actio statt: wenn keine verborum obligatio eingegangen ist, so wird eine utilis praescriptis verbis actio gegeben.

Patricius (illustren Angedenkens) glaubte bei der ex stipulatu actio an die certi condictio denken zu sollen, und liess also, wenn der Vergleich durch Stipulation bekräftigt war, die Klage nur auf das certum, nicht auf das id quod interest gehen: nur wo keine verborum obligatio vorliege und also praescriptis verbis geklagt werden müsse, könne das gesammte Interesse eingeklagt werden.

Diese Interpretation könnte mit dem Texte der Constitution nur in sehr gezwungener Weise in Uebereinstimmung gebracht werden. Mit Recht verwirft sie daher **Thalelaeus**, indem er seine abweichende Ansicht also begründet:

„Wenn eine Stipulation auf das dare einer bestimmten „*ποσότης* (quantitas) geht, so kann nicht auf das Interesse „geklagt werden, sondern es geht nur die certi condictio auf „die stipulirte *ποσότης*. Wenn aber die Stipulation auf ein „facere oder auf das dare einer incerta quantitas lautet, „alsdann steht eine incerta ex stipulatu actio auf das Interesse „zu. Im vorliegenden Falle ist nun zu supponiren, dass das „Vergleichsabkommen in die Form einer generellen incerta „stipulatio gekleidet worden ist. Denn nachdem die Partheien „über ein vergleichsweises Abkommen einig geworden sind, „haben sie wohl wie gewöhnlich eine Stipulation folgenden „Inhalts hinzugefügt: „und es hat der NN promittirt das „Vorangeschriebene zu leisten (*ποιῆσαι*)“, und diese Stipulation „ist wegen des Ausdrucks *ποιῆσαι* eine incerta. Auch wenn „die Stipulation lautet „ich promittire zu geben (dare) was „vorstehend geschrieben ist“, so ist auch dies eine incerta „stipulatio . . . . Und bei jeder incerta stipulatio findet eine „Verurtheilung auf das id quod interest statt.“

XLI.

Cod. 2, 4, 18. 9, 9, 29 (30).

Bas. 11, 2, 35 schol. 1 ed. Heimb. I p. 704.

Die c. 18 C. de transactionibus lautet:

Transigere vel pacisci de crimine capitali **excepto adulterio** non prohibitum est. in aliis autem publicis criminibus, **quae sanguinis poenam non ingerunt**, transigere non licet citra falsi accusationem.

Zu dieser Stelle findet sich in Heimbachs Basilikenausgabe als schol. 1 — und stückweise auch bei Fabrot — ein längeres Scholium, welches aus drei ganz verschiedenen Stücken besteht. Den Anfang macht die betreffende Summe aus dem *σύντομος κῶδιξ* des Theodorus: diese schliesst mit den Worten *ἵνα μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὰ ἐνταῦθα εἰρημένα.* Hierauf folgt eine *παραγραφὴ* — wohl von Thalelaeus; sie beginnt mit *ἄκουε* und schliesst mit den Worten *ὡς μὴ ἀντιπιπτούσης αὐτῷ τῆς ἀνυποστάτου διαλύσεως.* Das letzte Stück ist eine *ἐρώτησις,* welche Thalelaeus beantwortet.

Dieses letzte Stück bietet für die Erklärung Schwierigkeiten, zumal der Text zum Theil corrumpirt ist. Es würde zu weit führen, wollte ich hier ausführlich erörtern, in wie weit es die ganze bestrittene Lehre vom Paciscіren und Transigiren über Verbrechen und Vergehen beleuchtet. Es wird genügen, wenn ich einen besonders schwierigen Punkt erörtere, zuvor aber zum besseren Verständniss der *ἐρωταπόκρισις* unter Angabe der erforderlichen Emendationen des Textes eine Uebersetzung gebe, wie folgt:

„Wie wir überall gelernt, trifft den Ehebruch weder eine Blut- noch eine Kapitalstrafe, sondern der höherstehende[1]) Ehebrecher wird nur um die Hälfte seines Vermögens gestraft. Wie kann daher die gegenwärtige Constitution den Ehebruch ausnehmen von den Verbrechen, auf welche eine Blutstrafe steht?"

„Lerne. Nach den alten Juristen (Paul. S. R. 2, 26 14) und den Constitutionen im Hermogenianischen und Gregorianischen Codex hast du Recht (— mit anderen Worten: die Constitution lautete in diesen Constitutionensammlungen anders —). Heut zu Tage aber ist der Ehebruch nach einer Verordnung Constantins, welche im 9. Buche des vorliegenden Codex Tit. 9 Const. 30 aufgenommen ist, ein Kapitalverbrechen. In der Const. 30 (*λ'* statt *ι'*) heisst es nämlich (*γάρ ἐστι* statt *ἀρέσκει*), der Ehebrecher solle gladio feriri. Es ist also der Ehebruch nicht blos ein Kapitalverbrechen, sondern wird auch mit einer Blutstrafe geahndet: gleichwohl ist es nicht gestattet, darüber zu pacisciren oder zu transigiren.

[1]) Das *σεμνὸς* fehlt bei Fabrot. Es ist jedoch wohl im Gegensatze zu *εὐτελὴς* beizubehalten.



Bemerke übrigens, dass in der vorliegenden Constitution die Ansicht des Heros Patricius Aufnahme gefunden hat (d. h. dass die Worte excepto adulterio und quae sanguinis poenam non ingerunt nach dessen Ansicht interpolirt worden sind). Der Heros Eudoxius sagte, über alle Kapitalverbrechen, sei es dass sie mit Deportation, sei es dass sie mit Verurtheilung zur Bergwerksarbeit verbunden seien, sei zu transigiren erlaubt. Der Heros Patricius dagegen sagte in seinen „singulären Stellen", dass nur über publica crimina, auf welche eine Blutstrafe gesetzt ist (*ἐπὶ μόνων* — statt *μὲν* — *τῶν πουβλίκων τῶν δι' αἵματος ἐχόντων τὴν καταδίκην*) zu transigiren gestattet sei (wo dann in Beziehung auf den Ehebruch nach l. 10 C ad l. Iul. de adult. eine Ausnahme zu machen war. Vgl. schol. 2 Thal. ad. Bas. 60, 37, 53). Die vorliegende Constitution hat daher offenbar die Ansicht des Patricius aufgenommen und bestätigt. Singuläre Stellen nannte er sie übrigens im Gegensatze zu den allgemeinen, von denen Eudoxius ausgegangen war. Ausnahmebestimmungen gehen aber den allgemeinen vor."

Und nun zu der Hauptschwierigkeit:

Thalelaeus lässt den Ehebruch zu einem Kapitalverbrechen werden durch eine Verordnung Constantins. Ebenso schreibt dies Justinian in Nov. CLXVI (134) c. 10 einer Verordnung Constantins zu. Und in unserem Codex lib. IX tit. 9 lautet allerdings der Schluss der c. 29, welche von Constantin herrührt, „Sacrilegos autem nuptiarum gladio punire oportet." Allein das Original dieser Verordnung im Cod. Theod. 9, 7, 2 hat diesen Schlusssatz nicht. Ebensowenig kennt ihn das *κατὰ πόδας*, welches uns in Basil. LX, 37, 68 erhalten ist. Man hat die Vermuthung ausgesprochen, dass der Zusatz aus Cod. Theod. II, 36, 4 hinzugefügt worden sei, wo es heisst „cum ... sacrilegos nuptiarum tanquam manifestos parricidas insuere culeo vivos vel exurere judicantem oporteat". Allein es springt in die Augen, dass nichts Anderes als der Ausdruck sacrilegos nuptiarum für diese Vermuthung spricht, und da die Verordnung dem Richter vorschreibt, dass er über den Ehebrecher die Strafe des Säckens oder des Scheiterhaufens, nicht die Strafe des Schwertes, verhängen solle, da sie überdies von den Kaisern Constantius und Constans, nicht aber

von Constantin herrührt, so erscheint jene Vermuthung schlechthin als unhaltbar. Nun kommt hinzu, dass Thalelaeus sagt, Constantins Verordnung sei als c. 30 (nicht als c. 29) in Cod. IX, 9 aufgenommen: derselbe scheint auch einen andern Text vor Augen gehabt zu haben, indem er die Worte gladio feriri anführt, wo unser Text gladio puniri hat. Wenn man dies Alles erwägt, so gewinnt die Ansicht an Wahrscheinlichkeit, dass wir es hier wieder einmal mit einer Spur der Verschiedenheiten zwischen der ersten und der zweiten Ausgabe des Codex zu thun haben. In jener, welche seiner Zeit Thalelaeus bearbeitete, mag als c. 30 eine Verordnung Constantins mit dem angegebenen Inhalte gestanden haben, die dann bei der zweiten Ausgabe der unmittelbar vorhergehenden Constitution gleichen Urhebers und Datums angehängt wurde, und zwar unter Abänderung des feriri in das gebräuchlichere puniri. Ein derartiges Zusammenfassen verschiedener Constitutionen war den *περιφανεῖς κωδικευταὶ* nicht fremd; vgl. l. 12 C. de transact. mit Consultatio 9, 14.

XLII.

Cod. 2, 11, 4.

Basil. 21, 3, 4 (ed. Heimb. II p. 454).

Der Text dieses Rescripts, wie er dem Heros Eudoxius und älteren Rechtslehrern vorgelegen hat, lautete nach Ausweis des im Texte der Basiliken mitgetheilten *κατὰ πόδας*, abweichend von dem Texte des Justinianeischen Codex, wie folgt:

Si Posidonium in tempus anni relegatum non excessisse secundum sententiam proconsulis probaveris, et quinque annis exilio temporario damnatum (*καὶ .... καταδικασθέντα*), inter infames haberi non oportet, quando sententiae severitas cum ceteris damnis transigere videatur.

Auf Grund dieses Textes geben nun Eudoxius und seine Vorgänger folgende durchaus befriedigende Erklärung des Rescripts:

Posidonius war wegen eines Delicts, bei welchem die Verurtheilung zugleich die Infamie nach sich zog (D. 3, 2, 1), von dem Proconsul zur relegatio auf ein Jahr verurtheilt worden. Er begab sich aber nicht dem Urtheile gemäss ins

Exil, und wurde wegen seiner Widerspenstigkeit zur Relegation auf fünf Jahre verurtheilt. Nun wurden die Kaiser befragt, ob Posidonius in Folge davon auch noch als infamis anzusehen sei. Die Kaiser verneinten dies. Denn der Proconsul hätte den Posidonius wegen seines Ungehorsams nicht auf fünf, sondern nur auf zwei Jahre relegiren sollen, da es Rechtens ist, dass die Strafe, der sich der Verurtheilte zu entziehen sucht, deshalb nur zu verdoppeln ist (D. 48, 19, 8 § 7). Es war also die fünfjährige Relegation eine unverhältnissmässig hohe Strafe, und wo eine solche verhängt wird, tritt die sonst stattfindende Infamie nicht ein (D. 3, 2, 13 § 7. 48, 19, 10 § 2), indem die Strenge des Urtheils mit der anderweiten Folge der Condemnation compensirt wird.

Ganz anders erklären die Stelle der Heros Patricius und der Antecessor Thalelaeus. Sie haben nämlich einen abweichenden Text vor Augen, denjenigen Text, der im Justinianeischen Codex Aufnahme gefunden hat. Hier lautet, abgesehen von einigen unwesentlichen Varianten, die entscheidende Stelle quinque annis exilio temporario d a m n a n d u m statt et quinque .... d a m n a t u m. Und nun interpretiren die Genannten wie folgt:

Posidonius war mit einer injuriarum actio belangt worden: die gesetzliche Strafe wäre eigentlich eine Geldstrafe gewesen, der Proconsul hatte ihn aber zur Relegation auf ein Jahr verurtheilt. Als Posidonius dieser Sentenz nicht Folge leistete, brachte irgend ein Interessent (etwa derjenige, welcher die angebliche injuriarum actio angestellt hatte), die Sache auf dem Wege der Supplication zur weiteren Entscheidung an die Kaiser. Diese verkünden nun in der vorliegenden Constitution aus ihrer Machtfülle ihre Entscheidung dahin, dass der Posidonius auf fünf Jahre zu relegiren sei, aber nicht infamis werden solle: nicht etwa weil diese i h r e Entscheidung die Dauer des Exils auf mehr als das Doppelte ausdehne und also besonders streng sei, sondern weil in der e r s t e n Verurtheilung durch den Proconsul eine das gesetzliche Mass überschreitende severitas gelegen habe, welche durch Weglassung der übrigen Nachtheile, welche in dergleichen Fällen sich an die Condemnation anreihen, aufgewogen werden müsse.

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Erklärung der Stelle viel Gezwungenes enthält. Wie lässt sich annehmen, dass die Kaiser in einem Rescript, nicht an die Behörde, sondern wie hier an einen Privatmann eine Strafe über einen Dritten verhängt oder zu verhängen befohlen haben sollten! Und wie lässt sich eine Formulirung des Rescripts vertheidigen, nach welcher die Hauptverfügung (Verurtheilung zu fünfjähriger Relegation) im Zwischensatz, die Nebenbemerkung aber (Befreiung von Infamie) im Hauptsatze ausgesprochen sein soll!

Der Text, welcher dem Patricius vor Augen gelegen hat und welchen der Justinianeische Codex reproducirt, hat übrigens auch den abendländischen Interpreten von den Glossatoren an viel Kopfzerbrechens gemacht. Näheres darüber findet man bei Glück Erläut. d. Pand. V S. 156 Anm., wo die Auslegung des Patricius in verbesserter (?) Gestalt gebilligt wird.

XLIII.

Cod. 2, 12, 4.

Bas. 8, 2, 78 c. schol. ed. Heimb. I p. 402.

Wenn gegen einen Abwesenden erkannt ist, so kann derselbe nach seiner Rückkehr seine Sache von Neuem gerichtlich verfolgen, auch wenn seine Ehefrau judicio interfuit (*παρῆν τῷ δικαστηρίῳ?*) aut etiam acquievit sententiae; denn aliena negotia per mulieres non aliter agi (*πράττεσθαι* d. i. vor Gericht geltend gemacht werden) possunt nisi in rem suam et proprium lucrum mandatae sunt eis actiones.

Die *ἐπιφανεῖς διδάσκαλοι* hatten bei Interpretation dieser Constitution angenommen, dass der Mann seine Frau mit Führung des Rechtsstreites beauftragt habe; da nun aber eine Frau nach dem Edict nicht procurator sein könne, so sei das gegen den Mann ergangene Erkenntniss ungültig. Thalelaeus hat gegen die Supposition eines Mandats Bedenken: denn nirgends finde sich der Rechtssatz ausgesprochen, *ὅτι ὁ ἀχρήστως δοθεὶς προκουράτωρ οὐ δαπανᾷ τὴν δίκην οὐδὲ καταφέρει αὐτὴν καίτοι γνώμῃ τοῦ δεσπότου κινῶν.* Besser sei es daher anzunehmen, dass die Frau ohne Auftrag gehandelt habe.

Das Scholium des Thalelaeus verlangt übrigens mehrere Verbesserungen der Ausgaben. So in der zweiten Zeile (bei

Heimbach) wo *μηδὲν* statt *μηδὲ* zu lesen ist: in der neunten Zeile *προκουράτωρι* statt *προκουράτωρα*: in der siebzehnten *ἐκβάλλεται* (scil. *παραγραφῇ*)· *ἀλλ' εἰ μὴ γυναικί σοι οὔσῃ οὐκ ἔξεστι κινεῖν* alieno nomine. (Wie Heimbach Ruhnken's durchaus verfehlte Uebersetzung hat beibehalten können, ist geradezu unbegreiflich!)

Endlich mag hier noch erwähnt werden, dass Thalelaeus zu Cod. 2, 12, 6 (Bas. ed. Heimb. I p. 403) berichtet, wie Domninus, Demosthenes und Eudoxius (*οἱ πανάριστοι*) einerseits und der Heros Patricius andererseits den ursprünglichen Text der Constitution verschieden interpretirt haben, und wie die *περιφανεῖς κωδικευταί* den Text nach der Auslegung des Patricius absichtlich geändert haben.

Eine andere unwichtige Differenz zwischen Patricius und Demosthenes und Thalelaeus wird erwähnt zu Cod. 2, 12, 10 (Bas. ed. Heimb. I p. 405). Der dort reproducirte Index aus dem Codex des Thalelaeus ist wichtig zur Bestimmung des Verhältnisses, in welchem Thalelaeus zum *κατὰ πόδας* steht.

XLIV.

Cod. 4, 2, 16.

Bas. 23, 1, 60 schol. 1 ed. Heimb. II p. 652.

Die Verordnung besagt wörtlich, dass, wer einem Provinzialstatthalter foenebrem pecuniam leiht, wenn er sich in der Provinz aufhält, die Strafe des Exils erleiden solle.

Patricius versteht das foenebrem pecuniam (mit dem *κατὰ πόδας*) als *ἔντοκον δάνειον* d. i. zinsbares Darlehn, und will a contrario schliessen, dass, wer dem Statthalter ein zinsfreies Darlehn gebe, straflos bleibe. Thalelaeus aber lässt Jeden, der überhaupt dem Statthalter Geld leiht und in der Provinz verweilt, bestraft werden.

Das Scholium des Thalelaeus zu der angeführten Stelle bedarf übrigens theils im Texte theils in der Heimbachschen Uebersetzung einiger Berichtigung. Zuvörderst ist zu bemerken, dass die griechischen Juristen das lateinische Wort ambire als ein technisches beibehalten: es muss also im *κατὰ πόδας* unserer Stelle das lateinische ambienti mit *ἀμβιόντι* wiedergegeben werden. Das *ἀπιόντι* ist eine Verballhornisirung!

Sodann ist das *μόνον οὖν εἰς ἅρπαγμα ἡ διάταξις αὕτη συμβάλλεται* mit „haec igitur constitutio tantum prodest ad rapacitates inhibendas" ganz falsch übersetzt. Thalelaeus will vielmehr sagen, man könne die Worte der Constitution allenfalls brauchen, um einen Gegner in der Discussion *κατὰ συναρπαγὴν* (per obreptionem) mit der Behauptung zu überraschen, dass das zinsfreie Darlehn danach erlaubt sei, während diese Behauptung bei gründlicher Prüfung nicht aufrecht erhalten werden könne. In diesem metaphorischen Sinne wird das Wort *ἁρπάζω* schon von Sophokles gebraucht, und das *κατὰ συναρπαγὴν* kommt schon im c. 32 Apostolor. vor. Vgl. auch das Scholium des Stephanus zu l. 9 D. de peculio in meinem Supplem. Basil. p. 211 schol. 54.

XLV.

Cod. 5, 21, 2.

Bas. 28, 11, 32 c. schol. ed. Heimb. III p. 311.

Wenn ein Ehegatte dem Anderen eine Sache divortii causa entwendet hat, so hat nach erfolgter Scheidung die rerum amotarum actio statt. Vor erfolgter Scheidung aber, mit anderen Worten constante matrimonio, wird gegen den Dieb zwar nicht eine poenalis oder famosa actio, wohl aber eine in factum actio auf Ersatz des Schadens gegeben.

So die c. 2 cit. Bei der poenalis bez. famosa actio, welche als unzulässig zwischen Eheleuten bezeichnet wird, ist wohl an die furti actio zu denken. So Theodorus und Thalelaeus. Enantiophanes aber sagt (Basil. 28, 11, 16 schol. 2 ed. Heimb. III p. 304 sq.), dass *τινὲς τῶν τρακταϊστῶν* die Stelle so hätten verstehen wollen, als ob mit der poenalis bez. famosa actio die rerum amotarum actio bezeichnet sei. Wogegen Enantiophanes (— und ähnlich der Verfasser der *παραγραφαὶ* zu des Anonymus Summa von Dig. 25, 2, 26 in Bas. 28, 11, 26 schol. 2 ed. Heimb. III p. 310 —) hervorhebt, dass die rerum amotarum actio keineswegs *ποιναλία* (— oder *ἀτιμοποιὸς* —) sei.

Unter den *τρακταϊσταὶ* versteht Enantiophanes, wie es scheint, seine Zeitgenossen, welche, wie er selbst, die Rechtswissenschaft durch Monographien zu fördern bestrebt waren.

In der zweiten Ausgabe meiner Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts habe ich diese Schule von Juristen der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts zugeschrieben.

XLVI.

Cod. 6, 62, 3.

Bas. 45, 1, 56 schol. 2 ed. Heimb. IV p. 502.

Interessant ist, was Thalelaeus zur Interpretation des cohortali conditione gravatus beibringt. Er selbst versteht darunter *τινὰς ἐν τῇ τάξει* (d. i. im officium des Provinzialstatthalters) *εὐτελεῖς* (— es ist wohl *εὐτελοῦς* zu lesen —) *ἀπὸ γένους ἑλκομένους* (d. i. von geringem Herkommen und an diesen Stand gebunden), *σήμερον διὰ πολλὴν εὐτέλειαν καταφρονούμενοι.* Er bemerkt aber, dass der selige Patricius die cohortalinos als beneficiarios bezeichnet habe, und sage, dass sie das Umspannen der Pferde zu besorgen hätten. Patricius meint also speciell diejenigen beneficiarios, welche dem cursus publicus bedienstet waren (Cod. Theod. 8, 4, 7). Wie aber jetzt der Text der c. 3 lautet, ist diese Auslegung des Patricius kaum begreiflich. Und es liegt die Vermuthung nahe, dass er einen anderen Text vor Augen gehabt habe, zumal auch das von Thalelaeus hervorgehobene *σήμερον* (d. i. heut zu Tage) recht wohl auf eine von den *κωδικενταὶ* vorgenommene Interpolation gedeutet werden kann.

XLVII.

Cod. 8, 53, 27.

Bas. 47, 1, 60 schol. 1 ed. Heimb. IV p. 585.

Theodorus giebt folgende Summa der angeführten Constitution:

Eine Schenkung, welche Ascendenten oder Descendenten oder überhaupt Verwandten gemacht wird, muss auch zu den Acten verlautbart werden, nämlich wenn keine Urkunde über dieselbe aufgenommen worden ist oder wenn die Schenkung den gesetzlichen Betrag übersteigt.

An diese Summa reiht sich in dem angegebenen Scholium folgende Bemerkung:

„So hat auch der einzige (?) Lehrer Patricius die vor-„stehende Constitution interpretirt. Und du darfst sie nicht

„uneingeschränkt verstehen. Denn die c. 25 des Titels sagt „unbeschränkt, dass jeder Schenker auch eine gerichtliche „Handlung vornehmen müsse, was doch nur so zu verstehen „ist, wenn die Schenkung das gesetzliche Mass überschreitet: „sonst müsste man schliessen, dass jede Schenkung einer Ver- „lautbarung bedürfe, was doch absurd wäre. Vergleiche die „c. 34 und 36 des gegenwärtigen Titels. Der vielgelehrte „Domninus, mein Lehrer, versteht aber den Text der vor- „liegenden Constitution ganz unterschiedslos, und sagt, dass „wenn auch eine Urkunde aufgenommen worden oder wenn „auch die Schenkung das gesetzliche Mass nicht überschreite, „dennoch bei jeder Schenkung unter Verwandten eine Verlaut- „barung zu den Acten nothwendig sei: und dass hierin die „Genannten von dritten Personen unterschieden seien, denn „sonst wäre es nicht nöthig gewesen, die Verordnung zu er- „lassen. Und es scheint mir, dass er vielmehr richtiger An- „sicht ist [1]). Uebrigens sagen noch Andere, dass eine Schenkung „unter den genannten Personen lediglich durch Verlautbarung „erfolgen könne, dass sie aber, wenn sie verlautbart worden „sei, irgend einer anderen Urkunde nicht bedürfe."

Auch unter den Glossatoren war die Auslegung der c. 27 cit. streitig. Placentinus war derselben Ansicht wie Domninus.

XLVIII.

Nov. XLVIII (22) c. 22.

Wenn eine Frau vor Ablauf eines Jahres nach dem Tode ihres Mannes zu einer zweiten Heirath schreitet, wird ihr die grundsätzlich sie treffende Infamie, wenn Kinder aus der früheren Ehe vorhanden sind, vom Kaiser nur dann erlassen, wenn sie den Kindern die Hälfte ihres Vermögens abtritt. Versterben dann ein oder mehrere von diesen Kindern ohne Testament, so soll die Mutter mit den Ueberlebenden (Descen- denten oder Geschwistern) nicht erben: wenn aber Alle ge-

---

[1]) Hieraus dürfte zu entnehmen sein, dass Theodorus, da er die entgegengesetzte Ansicht in der Summa vorträgt, unmöglich Verfasser dieser Bemerkung sein kann. Dies zur Berichtigung dessen, was in meinen Ἀνέκδοτα p. XLVIII gesagt ist.

storben sind, soll die Mutter zum Troste *ταῦτα πάλιν ἀναλαβεῖν.*

Julianus in seiner Epitome Novell. cap. 141 versteht dies so: si quidem omnes liberi intestati decesserint, hereditas eorum (d. i. der Nachlass derselben) ad matrem perveniat, procul dubio dimidiam partem bonorum suorum quam semel dedit iterum recepturam (nämlich insofern dieselbe einen Bestandtheil des Nachlasses bildet).

Anderer Meinung sind Athanasius X, 2 § 20 (ed. Heimbach p. 116) und Theodorus Nov. 22 § 26. Jener sagt nur, *τοῦτο τὸ μέρος* (wie aus dem Vorhergehenden zu suppliren ist, nämlich die an die Kinder abgetretene Hälfte) *εἰς τὴν μητέρα ὑποστρέψει πάλιν*[1]). Dass die Mutter darüber hinaus succedire, sagte Athanasius nicht.

Bestimmter sagt Theodorus, dass die Mutter in solchem Falle nur in die gedachte Hälfte succedire, und fügt hinzu: „So verstehe den Text der vorliegenden Verordnung, und sage „nicht, was Andere meinen, dass die vor Ablauf des Trauer- „jahres zum zweiten Male Verheirathete, wenn andere Kinder „nicht vorhanden sind, dem allein übrig gebliebenen Kinde „in seinen ganzen übrigen Nachlass succedire."

Ob Theodorus von der abweichenden Meinung des Julianus Kenntniss gehabt hat? Dass sich übrigens Athanasius und Theodorus genauer an den Text anschliessen, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

XLIX.

Nov. XXIX. XXX (32. 33. 34).

Seit dem Erscheinen von Biener's klassischer Geschichte der Novellen sind zahlreiche Spuren von verschiedenen Privatsammlungen der Novellen aus der Justinianeischen Zeit bekannt geworden, welche beweisen, mit welchem Eifer die *σχολαστικοὶ* bestrebt waren, von den neuen und neuesten kaiserlichen Verordnungen zu sammeln was und wie es ihnen nur irgend zugänglich wurde. Nicht nur *γενικοὶ νόμοι*, sondern auch

[1]) Statt *πάλιν* hat Heimbach *παίδων*. Jedenfalls hätte *τῶν παίδων* gesagt sein müssen.



provinziale oder particulare und locale Verordnungen sind aus diesem Grunde in die Sammlungen mit aufgenommen worden.

Als nun aber solche Sammlungen in allgemeineren Gebrauch kamen, — und grade die reichhaltigsten wurden mit Vorliebe benutzt, — so konnte es nicht ausbleiben, dass man sich die Frage vorlegte, ob denn alle aufgenommenen Constitutionen gleiche Gültigkeit in Anspruch nehmen könnten. Dass das neuere Gesetz dem älteren vorgehe, das locale natürlich an dem betreffenden Orte in Anwendung kommen könne, verstand sich zwar von selbst. Aber es musste zweifelhaft erscheinen, ob Erlassen an Privatpersonen oder untergeordnete Provinzialbehörden, in welchen gewisse Regeln vorgeschrieben waren, eine allgemeine Anwendbarkeit zukomme, nachdem sie in den gedachten Sammlungen Aufnahme gefunden hatten: wie z. B. den Novv. VII. XX. XXIX. XXX. CXLII. CXLIX. CLXVII. CLXX meiner Ausgabe.

Zweifeln solcher Art hat Athanasius XVI, 3 zu Nov. XXIX. XXX (32. 33. 34) Ausdruck gegeben. Er ist zwar der Ansicht, dass die gedachten Constitutionen zunächst nur für Thracien, und Illyricum Geltung haben sollten. Er bemerkt aber, dass Einige (*τινὲς*) sie für *γενικὰς* hielten, weil es im griechischen Texte heisse: *τοῦτον εἶναι τὸν νόμον κοινὸν ἅπασι φιλάνθρωπόν τε ἅμα καὶ εὐσεβῆ*, und im lateinischen et hanc legem communem omnibus esse humanitate et pietate gaudentem [1]). Und man müsse sie wohl allgemein anwenden, da eine Verordnung, welche speciell eine Handlung oder Person betreffe, wenn sie *γενικὰ ῥήματα* enthalte, für alle gleiche Handlungen oder Personen Gültigkeit habe [2]).

Zu den *τινὲς* hat offenbar der Antecessor Julianus, der Patriarch Joannes (Scholasticus, in der Collectio 87 capit.) und Theodorus Scholasticus gehört, indem sie die Bestimmungen

---

[1]) Heimbach hat humanitati gaudentem ohne et pietate. Allein im Cod. Paris. gr. 478 findet sich fol. 261b ein Glossar, worin vorkommt: *Κείμενον.* Et hanc legem communem omnibus esse humanitati et pietati gadenatemus. *Ἑρμηνεία. Καὶ τοῦτον τὸν νόμον κτλ.* — [2]) Athanasius beruft sich hiefür auf Dig. 1, 6, 9. Heimbach glaubt, dass Dig. 1, 3, 12 gemeint ist: meinerseits schlage ich vor Dig. 1, 3, 8 zu lesen. Uebrigens ist auch noch zu vergleichen, wie sich Athanasius XVIII, 6 ausspricht.

der Novellen ohne jedes Bedenken als allgemein gültige anführen. Dasselbe scheint übrigens auch von den übrigen oben angeführten Novellen wenigstens von Theodorus angenommen worden zu sein.

L.

Nov. CXXX (111).

Julianus Epit. cap. 366 lässt die durch l. 23 Cod. 1, 2 den Kirchen u. s. w. zugestandene 100jährige Verjährung durch die angeführte Novelle ganz allgemein und ausnahmslos aufgehoben und an ihrer Stelle eine 40jährige eingeführt werden. Ebenso allgemein drückt sich der Verfasser der *παραγραφαὶ* zur Digestensumma des Anonymus aus, indem er die Novelle schlechthin als die *τὴν τῶν ρ' ἐνιαυτῶν παραγραφὴν τῶν εὐαγῶν οἴκων ἀναιροῦσα* bezeichnet (Bas. ed. Heimb. II p. 480).

Athanasius dagegen (II, 5) bemerkt, dass die Novelle die durch die l. 23 Cod. cit. gleichzeitig den Städten für Legate zur Auslösung von Kriegsgefangenen bewilligte 100jährige Verjährung nicht aufgehoben habe. Und Theodorus (Nov. 111) äussert sich dahin, dass, da die Novelle derselben nicht gedenke, Klagen wegen des *εἰς λύτρωσιν αἰχμαλώτων* Hinterlassenen nur in 100 Jahren verjähren könne. Er hätte jedoch dies wohl auf den Fall beschränken sollen, dass die Stiftung an Städte und nicht an Kirchen u. s. w. geknüpft ist. Ob aber alsdann die Meinung des Athanasius und des Theodorus gebilligt werden kann? Nach Justinianeischer Anschauung konnte ein Privileg, welches sogar den Kirchen genommen wurde, noch viel weniger für die Städte fortbestehen.

II.

'Per traditionem accipere' in den Pandekten.

Von

Herrn Dr. **O. Gradenwitz**

in Berlin.

Dass in den Pandekten häufig von Tradition die Rede ist, wo der Jurist, dessen Werk die betreffende Stelle entnommen ist, von Mancipation gehandelt hatte, ist eine bekannte und unbestrittene Thatsache [1]. Jedoch lassen sich im einzelnen Falle über eine solche Umänderung von Seiten der Compilatoren nur Muthmassungen anstellen, während eine eigentliche Sicherheit nicht zu erlangen ist.

Im Folgenden mache ich den Versuch, für eine ganze Reihe von Stellen zu beweisen, dass in denselben der Jurist, welchen die Compilatoren von der Tradition sprechen lassen, die Mancipation im Sinne gehabt haben muss.

Was ein Sklave erwirbt, erwirbt er nicht für sich, sondern für seinen Herrn. Dieser Rechtssatz wird mehrfach ausgesprochen; jedoch giebt er zu eingehenden Erörterungen hauptsächlich nur da Veranlassung, wo die Fülle der Gewalt am Sklaven sich auf mehrere Personen vertheilt. Dies ist bekanntlich der Fall, wenn der Sklave dem Einen ex iure Quiritium gehört, während er sich in bonis eines Anderen befindet; oder wenn der Sklave im Miteigenthum mehrerer Herren steht; oder wenn Einer den ususfructus, der Andere die nuda proprietas am Sklaven hat.

In allen diesen Fällen wird die Frage, wem der Erwerb des Sklaven zufällt, in der bekannten casuistischen Methode der Römer erörtert; und die Entscheidung, wem von den in

---

[1] Vgl. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. I. z. B. p. 209 Anm. 1; Lenel, edictum perpetuum p. 130 Anm. 3 und Text dazu; Arndts, Ges. civilistische Schriften, Bd. I p. 436 ff., besonders p. 437.

Frage kommenden Personen der Erwerb zufällt, wird dann durch eine höchst allgemeine Aufzählung der Erwerbshandlungen veranschaulicht. Nachdem nämlich gesagt worden ist, dass der Sklave für Diesen oder Jenen erwirbt, wird hinzugefügt: mag er also die oder die oder die Erwerbshandlung vornehmen, immer kommt sein Erwerb dem (oben genannten) Berechtigten zu Gute.

In den Bruchstücken aus Werken alter Juristen, die uns abgesehen von den Justinianischen Compilation erhalten sind, befindet sich nun eine Anzahl von Stellen, in welchen unsre Frage, für wen ein Sklave erwerbe, behandelt und dann ebenfalls eine Uebersicht der betreffenden Rechtsgeschäfte gegeben wird; dabei ist eine knappere und eine ausführlichere Form zu unterscheiden. Bei der ersten wird Stipulation und Mancipation aufgeführt; bei der zweiten ausser diesen beiden Erwerbsakten noch Tradition, und eventuell folgt noch eine allgemeine Hinweisung auf andere denkbare modi acquirendi.

Zur ersten Form gehören:

> Gaius III § 166: nam placet ex nulla causa ei (scil. qui nudum ius Quiritium in servo habet) acquiri posse; adeo ut et si nominatim ei dari stipulatus fuerit servus, mancipiove nomine eius acceperit, quidam existiment nihil ei acquiri. § 167: communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est; excepto eo quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli adquirit . . . . (Vgl. § 167 a).
>
> Fragm. Vat. § 89. Ulpianus ad Sabinum lib. XVII: de illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo ususfructus meus est, stipuletur aliquid, vel mancipio accipiat, an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usumfructum . . . . . Julianus tamen lib. XXXV. Dig. scribit etiamsi non stipuletur quid servus fugitivus intra annum mancipiove accipiat, tamen retineri usumfructum.

Gaius l. c. will veranschaulichen, dass der Sklave demjenigen, in dessen blos quiritischem Eigenthume er steht, durchaus nicht erwerben kann, und bemerkt zu diesem Zwecke, dass eine Erwerbshandlung dem quiritarischen Eigenthümer auch dann nicht zu Statten komme, wenn sie ausdrücklich

auf dessen Namen geschah; statt Erwerbshandlung setzt er die beiden hervortretendsten Fälle einer solchen, nämlich Stipulation und Mancipation. Ulpian seinerseits behandelt die Frage, ob eine Erwerbshandlung des Sklaven den Untergang des ususfructus durch Nichtgebrauch verhindere. Auch er und mit ihm Pomponius und Julianus gehen dabei nicht von dem allgemeinen Begriffe der Erwerbshandlung aus, sondern von jenen beiden Paradigmen.

Die ausführlichere Form findet sich bei

> Gaius II § 87: igitur [quod] liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur, ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum adquirere potest.
>
> Ulpianus, Fragm. XIX, 18: adquiritur autem nobis etiam per eas personas quas in potestate manu mancipiove habemus. Itaque si quid eae mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulatae fuerint, ad nos pertinet; (19: item si heredes institutae sint legatumve eis sit, et hereditatem iussu nostro adeuntes nobis adquirunt et legatum ad nos pertinet.)

Gaius und Ulpian behandeln hier die Frage nach dem Erwerb der Gewaltunterworfenen ex professo; daher erklärt sich die grössere Ausführlichkeit in der Aufzählung der einzelnen Erwerbsarten; jedenfalls ergiebt sich: wo Gaius und Ulpian die Erwerbshandlungen namhaft machen, da erscheint (neben der Stipulation) immer die Mancipation, mitunter die Tradition [1]. Für die Mancipation ist der technische Ausdruck mancipio accipere, d. h. als mancipium empfangen, wie man sagt: pignori, fiduciae dare, accipere [2]. Für die Tradition

---

[1]) Hiermit steht auch nicht im Widerspruch, dass Paulus, sent. I, 7, 6: servus per metum mancipatus quidquid acquisierit vel stipulatus sit, ei acquirit, qui vim passus est, blos ganz allgemein von Acquisition spricht; hier liegt der Gedanke an eine Mancipation sowieso nahe, weil ja unmittelbar vorher von Mancipation die Rede war. — [2]) Der ursprüngliche Gegenstand der Mancipation war der Sklave, nicht das Grundstück; darauf deutet einmal der Ausdruck mancipium = servus, und sodann die Thatsache der Ergreifung bei der Mancipation

fehlt ein technischer Ausdruck; jedenfalls findet sich keine Verbindung mit accipere, so nahe es auch Ulpian nach mancipio puta acceperint gelegen hätte, eine solche eintreten zu lassen, falls sie ihm geläufig gewesen wäre.

Vergleichen wir nun hiermit die Compilation. Hier kann man ebenfalls zwei Gruppen unterscheiden, die eine, in welcher stipulari vel per traditionem accipere, die andere, in welcher stipulari vel traditum sibi accipere oder ex traditione nanscisci oder ähnliches steht.

Zur ersten Gruppe gehören:

1. § 3. J. per quas personas (3, 28): communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo, qnod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli adquirit . . . .
2. Ulp. l. 14 pr. de usu (7, 8): per servum usuarium si stipuler vel per traditionem accipiam, an adquiram, quaeritur . . . . . . si ex re mea, dicimus servum usuarium stipulantem vel per traditionem accipientem mihi adquirere . . . . .
3. Jul. l. 86 § 2 de leg. I: secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut pulatus fuerit . . . . . statuetur.
4. Jul. l. 27 § 1 ad. SC. Treb. (36, 1): . . . . quod servus hereditarius post aditam hereditatem stipulatus fuisset aut per traditionem accepisset . . . .
5. Ulp. l. 33 § 2 de dom. (41, 1): condictio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet . . . .
6. Jul. l. 37 § 3 eod.: sicut servus communis stipulando nominatim alteri ex dominis ita per traditionem accipiendo soli ei adquirit.
7. Jul. l. 39 eod.: etiam furtivus servus bonae fidei emptori adquirit, quod ex re eius stipulatur aut per traditionem accipit.

der Sklaven und Thiere; das Erforderniss der Ergreifung konnte wohl (bei nachträglicher Ausdehnung der Mancipation auf Grundstücke) fortgelassen werden, nicht aber (bei späterer Ausdehnung auf Sklaven und Thiere) hinzukommen. Vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I, 151 Anm. (6. Aufl.)

8. Tryphon. l. 63 § 2 eod.: ..... et num quid simile sit, atque cum stipulatur servus iussu unius domini aut per traditionem aliquid accipit vel nominatim alteri .....
9. Pap. l. 15 § 3 de castrensi peculio (49, 17): servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum res ad filium pertinebit.
10. Ulp. l. 12 § 3 de usufr. (7, 1): de illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo meus ususfructus est, stipuletur aliquid ex re mea vel per traditionem accipiat .... Julianus tamen libro XXXV digestorum scribit, etiamsi non stipuletur quid servus fugitivus .....
11. Ulp. l. 22 de dom.: nemo servum vi possidens aut clam aut precario per hunc stipulantem vel rem accipientem potest adquirere gehört wohl auch hierher; nur ist hier der Ausdruck per traditionem wegen des vorhergehenden per hunc vermieden.

Zur zweiten Gruppe gehören:

1. Ulp. l. 21 de usufr. (7, 1): si servi ususfructus sit legatus, quidquid is ex opera sua adquirit vel ex re fructuarii ad eum pertinet, sive stipuletur, sive ei possessio fuerit tradita.
2. Gaius l. 25 § 2 de lib. causa (40, 12): si servus sit, certum est nihilominus eum quod ei tradatur vel stipuletur .... domino adquirere.
3. Jul. l. 37 de dom. (41, 1): (creditori) ..... nec stipulatione nec traditione nec ullo alio modo per eum servum quicquam ..... adquiritur.
4. Ulp. l. 5 de stip. serv. (45, 3): .... licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat.
5. Tryph. l. 12 § 1. D. (49, 17): ..... de his, quae medio tempore adquirunt stipulatione traditione legato.
6. Pap. l. 14 § 1 D. (49, 17): ..... quod servus interim stipulatus est vel ab alio sibi traditum accepit ..... in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelle-



gatur . . . . etiam adquisitio stipulationis vel rei traditae per servum fiat.

7. Gaius l. 10 § 1 de dom.: quod servi nostri ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa adquirunt, id nobis adquiritur.
8. Pap. l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3): quamvis quae simpliciter stipulatur vel ab alio accepit (scil. servus capto ab hostibus domino) etiam ad heredem captivi pertinent..... tamen in proposito potest quaeri.......

Es fragt sich nun, wie diese Verschiedenheit in der Compilation einerseits, und wie der durchgängige Gegensatz der Compilation gegen die anderweitig erhaltenen, unzweifelhaft ächten Fragmente zu erklären ist.

Die zweite Frage ist leicht zu beantworten: die Compilatoren konnten, nachdem das Institut der Mancipation aufgehoben war, in den Pandekten keine Ausführungen über die Mancipation dulden, und mussten daher alles, was von derselben handelte, ausmerzen oder ummodeln; nun hatte, wie oben gezeigt, in den Schriften der klassischen Juristen die Mancipation allemal eine Stelle, wenn die Erwerbshandlungen aufgezählt wurden. Daher trat an die Compilatoren bei einer jeden solchen Aufzählung jene Nothwendigkeit, auszumerzen oder umzumodeln, heran. Ummodeln mussten sie, wenn die Mancipation allein die dinglichen Erwerbshandlungen repräsentirte; ausmerzen, so oft neben der Mancipation auch noch die Tradition erwähnt wurde. Wo sie umgemodelt haben, ist uns ein verderbter, wo sie ausgemerzt haben, ein verstümmelter aber ächter Text erhalten.

Sehen wir uns nun hierauf die beiden im obigen aufgeführten Gruppen an, so finden wir in der zweiten die Ausdrücke wieder, welche uns schon in den anderweitigen Werken von Gaius und Ulpian begegnen. Der Ausdruck der ersten Gruppe dagegen: per traditionem accipere findet sich m. W. nur in der Compilation. Dieser Ausdruck ist daher allemal Werk der Compilatoren; er ist schablonenmässig eingesetzt, so oft sie mancipio accipere vorfanden und nicht einfach streichen konnten; sie fassten mancipio = per mancipationem auf und setzten dann statt mancipationem: traditionem.

Es scheint mir übrigens, dass mancipio hier nicht ablativisch aufzufassen war, sondern vielmehr dativisch; denn man kann zwar allenfalls durch Mancipation (mancipio als Ablativ gedacht) empfangen, aber nicht durch Mancipation geben, da Mancipation die Erwerbshandlung des Empfängers ist; und doch ist bekanntlich für die Rolle, welche der Veräusserer spielt, mancipio dare ganz ebenso ein technischer Ausdruck wie für jene des Erwerbers mancipio accipere [1]).

Mag jedoch mancipio Ablativ oder Dativ gewesen sein, jedenfalls ist mancipio accipere überall da als Ausdruck des Pandektenjuristen zu subintelligiren, wo in der Compilation per traditionem accipere steht.

Nur bei dieser Annahme gewinnen die betreffenden Stellen diejenige Prägnanz, welche wir bei den Pandektenjuristen zu finden gewöhnt sind. Der Sklave erwirbt a) Obligationen, b) dingliche Rechte. Für die ersteren steht der Formalakt der Stipulation, für die anderen der Formalakt der Mancipation; die blosse Tradition dagegen ohne alle Individualisirung (wie solche aber schon in einem vorhergehenden Erwähnen der Mancipation liegt) ist ein durchaus vager Begriff und keineswegs geeignet eine Gruppe von Rechtsgeschäften mit bestimmtem rechtlichem Erfolge zu bezeichnen.

Also der Sinn der Stellen gewinnt ebenfalls, wenn man mancipio statt per traditionem liest; zum Ueberfluss lässt sich aber für zwei der erwähnten Stellen auch noch der strikte Beweis für jene Umänderung führen. § 3 J. 3, 28 ist nämlich aus Gaius III, 167 genommen. Gaius hat nun mancipio accipiendo, wo die Institutionen per traditionem accipiendo haben. Eine Folge hiervon ist, dass der ganze letzte Theil des § 167, derjenige nämlich, wo die Mancipation beschrieben wird, für die Compilatoren unbrauchbar wurde; andrerseits wussten sie aber nicht ein nominatim per traditionem accipere zu beschreiben, so dass diese ganze Phrase in der Luft schwebt. Ebenso ist l. 12 § 3 de usufr. gleich fragm. Vat. § 89, und hier wiederholt sich dieselbe Erscheinung, dass Ulpian mancipio schrieb, wo die Digesten per traditionem haben.

---

[1]) Allerdings heisst es gerade von dem Veräusserer, dass er die Sache mancipire.



Endlich lässt sich auch noch zeigen, dass die Compilatoren eine gewisse Vorliebe für den Ausdruck per traditionem hatten. § 40 J. de rer. div. (2, 1) ist aus des Gaius zweitem Buche der cottidiana sive aurea; die betreffende Stelle ist uns als l. 9 § 3 de dom. (41, 1) noch einmal erhalten. Nun schreibt Gaius in l. 9 § 3: hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur. Die Institutionen ändern dies in: per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur.

Analog nun können wir in einem Fall die Aechtheit eines Fragments aus der zweiten Gruppe constatiren. L. 10 § 1 de dom. ist nämlich gleich Gaius II, 87 (vgl. § 1 J. 2, 9). Da hat nun Gaius ganz dieselben Ausdrücke wie die Pandektenstelle, nur dass bei Gaius eben noch das mancipio accipere hinzukommt.

Hiernach ergiebt sich also, dass die Phrase per traditionem accipere immer unächt ist, während für die Aechtheit der in der zweiten Gruppe vorkommenden Wendungen eine Vermuthung spricht; dass diese Wendungen immer ächt sein müssen, lässt sich freilich nicht mit gleicher Sicherheit behaupten.

Wohl aber ist das per traditionem accipere, auch wo es sich abgesehen vom Sklavenerwerb und von der Verbindung mit stipulari vorfindet, dringend verdächtig; so findet es sich in folgenden Stellen:

1. Ulp. l. 12 § 5 de usufr.: in pendenti est dominium (ut ipse Julianus ait . . . . . in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit . . . . .)
2. Ulp. l. 25 § 1 eod.: ut puta, si servum emit et per traditionem accepit.
3. Pomp. l. 6 de stip. serv. (45, 3): Ofilius recte dicebat et per traditionem accipiendo vel deponendo commodandoque posse soli ei adquiri iussit.
4. Jul. l. 37 § 4, 5 de dom.: quod unius servus per traditionem accipiendo se accipere dixerit domino et Titio, partem domino adquiret, in parte nihil aget. Fructuarius servus si dixerit, se domino proprietatis per traditionem accipere, ex re fructuarii totum domino adquiret.

5. Marc. l. 20 de usu (7, 8): servus, cuius mihi usus legatus est, adquirit mihi .... et si iussu meo per traditionem accipiet.
6. Jul. l. 12 de auct. et cons. (26, 8): si servus communis tuus et Titii a pupilla tua te auctore aliquam rem per traditionem acceperit, tota ad Titium pertinebit.

Von diesen lässt l. 25 § 1 wieder einen direkten Beweis zu, dass Ulpian von der Mancipation gehandelt hat. Denn Julian spricht nach Ulpian's Bericht von Pendenz des dominium; dominium aber konnte hier, da es sich um einen Sklaven handelte, nur durch Mancipation erworben werden. Hätte Ulpian wirklich Tradition im Sinne gehabt, so hätte nur die Pendenz des in bonis esse in Frage kommen können, wie es ähnlich z. B. in l. 38 § 2 de lib. causa (40, 12) vorkommt[1]).

Endlich gehört hierhin l. 16 de O. et A. (44, 7), von welcher Arndts in dem citirten Aufsatz nachgewiesen hat, dass Julian nicht pignoris causa ei tradiderat, sondern fiduciae causa ei mancipaverat und nicht per traditionem accipiendo proprietatem adquirit, sondern mancipio accipiendo proprietatem adquirit geschrieben hatte.

Nehmen wir hiernach als erwiesen an, dass in den fraglichen Stellen mancipio statt per traditionem gestanden hat, so können wir uns der Ueberzeugung nicht verschliessen, dass auch noch in spätklassischer Zeit die Mancipation den Römern das ordentliche Rechtsgeschäft zur Uebertragung des Eigenthums war. Die Tradition war immer noch das Ausnahmsweise. Noch zu Ulpian's Zeit ist das Natürliche, dass res mancipii mancipirt werden, und wiederum ist das Natürliche, dass die zu übertragende Sache eine res mancipii ist. Der Jurist, der die Eigenthumsübertragung veranschaulichen will, wählt als Beispiel die Mancipation, nicht die Tradition.

Diese Erkenntniss nöthigt zu zwei weiteren Folgerungen:

A) Wo von der Veräusserung eines fundus oder homo in den Pandekten die Rede ist, und dabei der Tradition

---

[1]) Man könnte, auf Grund von Gaius II, 40, welcher eine divisio dominii annimmt, für möglich halten, dass Ulpian hier unter dominium doch das in bonis verstanden hat, dagegen ist aber namentlich argumento a contrario zu vergleichen Ulp. Fragm. XIX, 7: harum rerum (scil. nec mancipi) dominium ipsa traditione adprehendimus.

Erwähnung geschieht, werden wir schon a priori geneigt sein, eine Interpolation aufzunehmen, auch wenn eine solche nicht wie in l. 18 de R. V. (6, 1) nothwendig, nicht wie bei l. 3 § 1 D. 7, 2 äusserlich beglaubigt, noch wie in l. 54 D. 7, 1 nach Analogie erweislich ist.

B) Wo von dem Einfluss einer Thatsache auf alle Arten von Rechtsgeschäften die Rede ist, muss der Jurist auch von der Mancipation gehandelt haben. Möglich, dass im Corpus iuris die betreffenden Stellen gestrichen und die von der Tradition handelnden ächt sind; möglich aber auch, dass die von der Tradition im corpus iuris handelnden zurechtgestutzte Mancipationsstellen sind. Machen nun diese Stellen im Allgemeinen den Eindruck des Dunklen und Lückenhaften, so wird die zweite Annahme den Vorzug verdienen.

So gewinnt z. B. die Vermuthung Schlossmanns (zur Lehre vom Zwange, p. 76) an Wahrscheinlichkeit, wonach Ulpian in l. 9 § 4 und 6 qu. m. c. (4, 2) nicht erzwungene Traditionen, sondern erzwungene Mancipationen besprochen hat.

Der Zwingende stützt sich immer mehr auf die Form als auf den Inhalt der Willenserklärung; im Bewusstsein, dass der innerste Wille des Gezwungenen ihm entgegen ist, wird er immer das formelle Recht durch äussere Handlungen auf seine Seite zu bringen suchen. Also liegt der Gedanke an eine erzwungene Mancipation ohnehin schon viel näher als der an eine erzwungene Tradition, die ja überhaupt Eigenthum nur dann verschaffen konnte, wenn eine iusta causa voranging. Von einer solchen iusta causa sagt aber l. 9 cit. nichts.

Hiernach würde in l. 9 § 5, 6, 7 das ganz eigenthümliche Verhältniss einer Mancipation anzunehmen sein, deren Folge eine Spaltung des Eigenthums in quiritisches und bonitarisches Eigenthum wäre; eine solche Mancipation würde das gerade Gegenstück desjenigen Rechtsgeschäftes sein, von welchem Gaius berichtet, dass es die Spaltung des Eigenthums in quiritisches und bonitarisches hervorgerufen habe. Dies bei Gaius erwähnte Rechtsgeschäft ist eine Tradition einer res mancipii; sie lässt das quiritarische Eigenthum beim Tradenten und giebt dem Erwerber das bonitarische. Unsere

Mancipation würde im Gegentheil das quiritarische Eigenthum übertragen und das bonitarische beim Mancipanten lassen.

Eine Folge dieses Rechtsverhältnisses ist von Schliemann bereits hervorgehoben, nämlich die von Paulus sent. I, 7, 6 mitgetheilte Rechtsregel, wonach der zwangsweise mancipirte Sklave für den Gezwungenen erwirbt. Hier ist als Grund hinzuzudenken, dass der Gezwungene bonitarischer Eigenthümer ist (vgl. Ulp. XIX, 20, Gaius II, 88, III, 166).

Eine zweite, nicht abzuweisende Folge ist, dass der Sklave von dem Gezwungenen freigelassen werden kann, von dem Zwingenden nicht. Jedoch wird er durch diese Freilassung Latinus, und erst durch Wiederholung der Manumission von Seiten des Zwingenden wird er Römischer Bürger, dann aber Freigelassener des Zwingenden (Gaius I, 35).

Drittens: Die hypothekarische Klage setzte voraus, dass der Verpfänder die Pfandsache zur Zeit der Verpfändung in bonis hatte. Hiernach war der richtige Verpfänder in unserm Falle der Gezwungene. Und hierfür giebt ein an sich betrachtet freilich geringfügiges Argument eine Bemerkung in l. 9 § 7 cit. Dort heisst es nämlich: si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. Also die Gefahr, welcher durch die Promission vorgebeugt werden soll, wird lediglich in der Möglichkeit einer faktischen Verschlechterung der Sache gesehen. Ganz anders drückt sich für den gleichen Fall Gaius in l. 18 de R. V. (6, 1) aus. Dort handelt es sich um die gleiche Promission, welche der Besitzer, der während des Prozesses den streitigen Sklaven ersessen, leisten muss, und hier bemerkt der Jurist zur Begründung derselben: periculum est enim, ne eum vel pigneraverit vel manumiserit. In unserm Fall ist von dieser Gefahr nicht die Rede, — natürlich, denn der Zwingende war nicht im Stande zu verpfänden oder frei zu lassen, weil er nur quiritarischer, nicht bonitarischer Eigenthümer war.

Die Klage, welche der Gezwungene hat (die in rem actio, die in l. 9 § 4 und 6 erwähnt wird), muss sich denn auch von derjenigen, welche der bonitarische Eigenthümer bei Gaius II, 41 mit jedem Usucapionsbesitzer gemein hat, wesentlich unterscheiden. Die Klage des Ususcapionsbesitzers gründet sich

auf die Fiktion, dass der Kläger bereits ein Jahr besessen habe; die Klage des Gezwungenen muss sich auf die Fiktion gründen, dass er die Veräusserungshandlung nicht vorgenommen habe; die Klage des Usucapionsbesitzers fingirt, dass etwas geschehen, die des Gezwungenen fingirt, dass etwas nicht geschehen sei. Die letztere muss daher rescissa mancipatione zustehen, sowie nach l. 9 § 4 cit. die actio in personam rescissa acceptilatione, und nach § 6 J. 4, 6 den Gläubigern nach geschehener Tradition in fraudem creditorum eine in rem actio rescissa traditione gegeben wird.

Der Gezwungene seinerseits hat die rei vindicatio, mit der er gegen den Drittbesitzer durchdringt, welcher nicht Rechtsnachfolger des Gezwungenen ist.

Also ein nudum ius in dem Sinne, wie die obligatio, der eine exceptio perpetua gegenübersteht, obligatio inanis ist, — ist das quiritarische Eigenthum doch nicht. Es tritt hier der Unterschied zwischen Ungültigkeit einer Eigenthumsübertragung und Ungültigkeit einer Obligation zu Tage: Die Obligation, der eine exceptio gegenübersteht, ist werthlos, das quiritarische Eigenthum ist auch ohne bonitarisches noch werthvoll, weil es zwar dem bonitarischen nachsteht, aber dem Rechte eines Drittbesitzers vorgeht.

III.

Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft.

Von

E. I. Bekker.

I Gai institutiones, iterum ediderunt P. Krueger et G. Studemund. — II De Iustiniani institutionum compositione, scr. Eduardus Grupe (diss. inaug. Argent.). — III M. Schanz, die analogisten und anomalisten im Röm. R. (Philol. 1883) — IV Bernhöft, Stat und Recht der Römischen Königszeit im Verhältnis zu verwanten Rechten; B. W. Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte. — V Ausstellungen an der Methode der gegenwärtigen Deutschen Rechtswissenschaft. — VI Die Rechtsvergleichung, Aufgaben und Methode.

Bei längeren wissenschaftlichen Arbeiten ist es nichts ungewönliches, dass das verfolgte Ziel sich verschiebt, mit oder one Wissen des Arbeiters. Dagegen könnte ich mich kaum erinnern, bei einer so kleinen Leistung früher je dermassen vom Wege verschlagen zu sein, und zwar bei vollem Bewusstsein. Die ursprüngliche Absicht ging auf zwei getrennte kurze Anzeigen. Zwischen den anzuzeigenden Werken bestand vielleicht ein gewisser innerer Zusammenhang, jedesfalls glichen sie einander darin, zu allgemeinen Fragen hinzudrängen. Sobald ich aber diese nur eben berürt zu haben glaubte, so erfolgte von hieraus wieder ein Rückstoss hin zum konkreten, es schien geboten noch einige andere neueste Erscheinungen in die Betrachtung mithereinzuziehen. Selbstverständlich schwand dabei die Möglichkeit irgendwo auf Details näher einzugehen. Gleichwol mochte ich die Form der Anzeigen nicht aufgeben, da sie die beste Gelegenheit bot, allgemeine Behauptungen am greifbaren Beispiel zu demonstiren. Einige Endergebnisse sind dann in den beiden lezten Abschnitten noch zusammengestellt.

I.

Die neue Gajusausgabe von Krüger und Studemund möchte zunächst einer Anzeige kaum zu bedürfen scheinen, denn auch one solche würde Jeder den's angeht von den wolbekannten Herausgebern das beste erwarten was zur Zeit überhaupt zu haben ist. Aber ein überraschend günstiges Geschick hat seit dem Erscheinen der ersten von K. und St. besorgten Ausgabe das handschriftliche Material erweitert, und auch noch weitere Mehrungen in aussicht gebracht. Studemund hatte in den Jaren 1867—69 den Veroneser Codex mit verschiedenen chemischen Reagentien behandelt, die sehr verschieden nachgewirkt haben. Besser als „kalium sulphocyanatum" gemischt mit einigen Tropfen „acidum muriaticum" hat sich „kalium sulphuratum" bewärt. Stellen die anfangs (1868) unleserlich geblieben waren, konnten bei den Nachvergleichungen (1878 und 1883) entziffert werden: „acriter intenta oculorum acie nonnullorum locorum desperatorum lectionem nuperrime perficere potui, in aliis id certe discernere potui, utrum id quod aut a nobis aut ab aliis uiris doctis diuinando coniectum esset, codice exstare potuerit necne."

Unser Wissen ist also wieder um eine Reihe von Spezialitäten erweitert, auf die wir hier leider nicht näher eingehen dürfen, und wiederum ist gelegenheit geboten, die Zuverlässigkeit und überhaupt den Wert textergänzender Konjekturen mit unfelbarem Massstabe zu bemessen. Eine änliche Gelegenheit ergab schon das Studemundsche Apographum der Gajushandschrift; und wie allbekannt waren die Resultate die ungünstigsten für alles von Juristen und Filologen, auch von Lachmann, zur Textesergänzung erdachte, nicht der zehnte kaum der hundertste Versuch, bei dem es sich um mehr handelte als um Siglenlösung und dergleichen, hatte den Nagel auf den Kopf getroffen. Man war eben zu leichtsinnig vorgegangen, und nun stand zu erwarten, dass die neueren mit grösserer Sorgfalt angestellten Versuche, die von der Basis des Apographums ausgingen, näher ans Ziel füren würden. Aber nein, der Erfolg war auch diesesmal kein besserer. St. sagt darüber:

atque utinam saepius coniecturae tot laboribus excogitatae codice confirmatae essent. at quanquam ego et Krueger aliquanto cautius plerisque eorum, qui ante nos ad Gaium emendandum accesserant, in locis lacunosis crisin factitauimus, paucis locis ipsum Gaianorum uerborum contextum coniciendo recuperauimus. artem igitur nesciendi multo etiam fortius, quam a nobis adeo factum est, in futurum exercendam esse mihi constat. cui admonitioni nefas sit si quis parere nolit.

Diese Manung zur Enthaltsamkeit wird bei Filologen wol nicht unbeachtet verhallen. Es ist interessant mit der Nachvergleichung der Gajushandschrift die Ergebnisse der Humannschen Abgüsse des Monumentum Ancyranum, welche Mommsen bei seiner zweiten Edition (1883) benuzt hat, zusammen zuhalten. Das Gesammtergebnis scheint für die Konjekturalkritik hier nicht ganz so entmutigend wie bei Gajus: wenigstens einzelne Vermutungen Aelterer und Neuester, von Gronovius bis Mommsen und Bergk, hat der Marmorabklatsch wörtlich bestätigt; freilich auch wiederum die meisten nicht. Es darf aber gewis nicht übersehen werden, dass beim Ancyranum die Bedingungen im allgemeinen günstigere, der Anhaltspunkte mehre gewesen. Studemunds Zuruf „discant homines docti, quam fallax sit ingeniosissimi cuiusque opinatio diuinatrix“ wird darum dennoch als ein vollberechtigter gelten müssen.

Für uns Juristen ergibt sich wol zunächst die Lehre, von derartigen Experimenten selber gänzlich abzustehen: ein sicherer Boden zum Weiterbau ist keinesfalls zu gewinnen. Wer dem Reiz doch nicht zu widerstehen vermöchte, dürfte sich damit trösten, dass auch das Lösen von Rebus Schachaufgaben und andern Rätseln, keine dem Gelehrten schlechthin verbotene Tätigkeit ist. Hier kommt freilich noch die Gefar hinzu, in die eigenen Schöpfungen sich zu verlieben, sie zum Ausgangspunkt weiterer Forschungen zu machen, und auch bei diesen lediglich seine Zeit zu verlieren.

Aber wir dürfen auch auf die Konjekturen Anderer, und wären es die Besten, nicht bauen. Mit mathematischer Sicherheit ist zu behaupten, dass jede echte divinatorische Konjektur die Warscheinlichkeit gegen sich hat. Der leider

öfters gehörte Einwand „aber was könnte denn sonst da gestanden haben“ ist aller Berechtigung bar. Durch diese Erwägungen wird unsere Arbeit durchaus nicht vereinfacht; wir werden verpflichtet auch um die Ueberlieferung überall uns selber zu kümmern: wärend das urkundlich überlieferte niemals schon blos wegen der Tatsache der Ueberlieferung als sicher anzunemen ist, muss das nicht urkundlich überlieferte stets eben wegen der Nichtüberlieferung als unsicher angesehen werden.

In diesen Beziehungen stehen wir nicht anders als alle Anderen, die gleichfalls urkundliches Material zu verarbeiten haben. Die Frage hat aber auch eine juristische Spitze: wie soll der Richter Gesetzesstellen gegenüber sich verhalten, zu deren Verständnis auf Konjektur beruhende Textesemendationen unentbehrlich wären? Dergleichen wird in neuen Gesetzen selten vorkommen. Aber z. B. in den Digesten sind der Stellen nicht so wenige, wo aus der Florentina und den par gleichwertigen handschriftlichen Hülfsmitteln kein fester Text ersteht. Allein korrekt wäre, solche Stellen bei der richterlichen Entscheidung als nicht vorhanden anzusehen. Um genauer zu exemplifiziren, mag fr. 49 mandati als eine solche preiszugebende Stelle genannt werden.

II.

Aus Strassburg liegt noch eine zweite, weniger bedeutende, aber doch recht interessante Arbeit vor. Huschke hatte vor Jaren (1868) die Ansicht aufgestellt, dass die beiden ersten Bücher der Justinianischen Institutionen von Dorotheus dem Berytenser, die beiden lezten aber von Theofilus dem Konstantinopolitaner Antecessor ausgefürt seien; und dafür auf allerlei sprachliche Verschiedenheiten der beiden Abteilungen hingewiesen. Ein weiterer Beweis dieser Behauptungen ist von Dr. phil. Eduard Grupe in seiner Inauguraldissertation „de Iustiniani institutionum compositione“ nachgebracht. Bei Huschke schien die Sache ein hübscher Einfall, jetzt kann man sie glauben, vielleicht wird sie einst noch glaubhafter gemacht werden.

Als wolgeschulter Filologe geht der Vf. sorgfältig auf die Benutzung der einzelnen Wörter sowie auf Redewendungen

ein, und weist hier in der Tat auffällige Differenzen zwischen I—II und III—IV der Institutionen nach, nur dass die Eigentümlichkeiten von I—II auch im lezten Titel von IV (de publicis iudiciis) wiederkehren, so dass anzunemen, was auch Huschke bereits vermutet hatte, dass IV 18 von demselben Autor herrürt der I—II geschrieben hat. Dass der Vf. von I—II einfacher und klarer schreibt, der von III—IV dem Kaiser mehr Eigenlob in den Mund legt, gehörte schon zu den H.schen Bemerkungen; sodann, dass in I—II Verweisungen auf anderes in I—II enthaltenes, ebenso in III—IV Verweisungen auf III—IV, aber in III—IV keine Verweisungen auf I—II, und in I—II auch keine Verweisungen auf III—IV vorkommen. Grupe bestätigt und präzisirt dies alles; er fügt hinzu, dass in I—II ein gewisses Prunken mit Gelehrsamkeit, juristischer und sonstiger zu bemerken ist, welches in III—IV felt.

Wenn nach dem allen noch eine Verstärkung des Beweises gewünscht werden sollte, so wäre dabei zunächst an zweierlei zu denken. Der rein filologische Nachweis drängt zur Herstellung eines vollständigen index uerborum für Gajus; erst aus diesem werden wir die sämmtlichen sprachlichen Eigentümlichkeiten von I—II und von III—IV übersehen, und zugleich sicher erfaren, dass änliche in den übrigen Büchern felende Eigentümlichkeiten weder in II—III, noch in IV—I vorkommen. Leichter möchte eine vorwiegend juristische Nachprüfung ins Werk zu setzen sein. Wir befinden uns in der besonders günstigen Lage den grössten Teil der Quellen, aus denen die institutiones imperiales geschöpft sind, nicht blos zu kennen sondern auch zu besitzen. Nun lässt sich vermuten, dass zwei so verschiedene Köpfe, wie Theofilus und Dorotheus, auch in der Ausnutzung der Quellen verschiedene Wege gewandelt sein werden. Dass Grupe hier Andern zu tun gelassen, wird ihm Niemand verübeln, da die Ermittelung der Differenzen in der Quellenbehandlung einen geschulten Juristen fordert; wogegen unsere ganze juristische Lexikografie zur Zeit noch sehr im argen liegt, und jener Index keineswegs unter die nächsten Desiderien gehört.

Ganz im Gegenteil, wir fülen uns gedrungen ihm die entschiedenste Anerkennung auszusprechen, dafür dass er das

Eis gebrochen, und wie zu hoffen mit seinem Beispiel den Anstoss zu andern änlichen Untersuchungen gegeben hat. Ist es möglich gewesen, die Verfasser der Institutionen nach der Art ihrer Arbeit zu unterscheiden, so liegt die Frage nahe, ob betreffs der Herstellung der Digesten nicht änliche Verschiedenheiten erfindlich seien. Freilich wird man hier von vornherein darauf zu verzichten haben, die Individualitäten aller einzelnen Mitarbeiter klar zu legen; eher anzunemen wäre, dass die Bearbeitung der verschiedenen Massen, ganz wie die der verschiedenen Abschnitte der Institutionen, verschiedenen Personen übertragen worden, und dass diese ganzen Massen in ihrer Gestaltung Spuren der Eigentümlichkeiten von denen tragen, welche ihre Zusammenstellung besorgt haben.

Bei weitem wichtiger aber als diese erscheinen andere wenig ferner liegende Fragen. Fangen unsere Filologen überhaupt nur an, mit den Digesten sich zu beschäftigen, so müssen ihnen die Autoren der Fragmente bald viel interessanter erscheinen als die Kompilatoren. Damit würden sich höchst erfreuliche Aussichten eröffnen. In der tat ist es beinah unbegreiflich, dass die modernen Latinisten gerade die bedeutendsten Schriftsteller der Römischen Kaiserzeit bisher so gut wie unbeachtet gelassen haben. Salvius Julianus und Papinianus sind Geister, denen aus der ganzen Periode nur etwa Tacitus gleichzustellen wäre, auch Labeo Sabinus Celsus filius Marcellus selbst Ulpian und Paulus ragen ein gut Stück über ihren schriftstellernden Zeitgenossen empor. Von den Werken aller dieser und auch anderer immerhin noch ansehnlicher Juristen sind grössere Reste erhalten, freilich zum Teile in nicht unbedenklicher Ueberlieferung. Aber wärend Filologen die kleinsten Brocken, die von einem altrömischen Dichter übrig geblieben, mit bewunderungswürdigem Fleisse zusammengelesen, und ängstlichste Sorgfalt auf die Edition irgend eines recht kleinen Lichtes unter den Grammatikern verwant haben, scheint die Fülle interessanter Probleme, die bei den Römischen Juristen zu finden ist, für sie gar nicht zu existiren. Wiederholt habe ich mit den persönlich mir näherstehenden hierüber gesprochen; regelmässig (z. B. auch von Haupt) wurde die Vernach-

lässigung der Römischen Juristen zugegeben, deren filologische Durcharbeitung den Seminarien den reichsten Stoff böte; übrigens liegt die Sache heute fast noch ebenso wie vor dreissig Jaren. Auch Grupe klagt „ab Iureconsultorum Romanorum scriptis philologi Germani nescio qua commoti causa tantum non omnes sese abstinuerint“ und nennt als rümenswerte Ausnamen Lachmann, Vahlen, R. Schöll, Mommsen und Studemund, von denen wir aber doch Mommsen einstweilen noch aus der Juristenschar nicht gelöscht sehen möchten.

Ein Hemmnis derartiger Arbeiten, die mangelhafte kritische Beschaffenheit der Texte, zu dessen Hebung die Filologie allein nicht ausreichte, ist durch eben Mommsens Corpus-Juris Ausgabe beseitigt. — Ein anderes besteht wol noch in der nicht Un- aber doch Schwerzugänglichkeit der Jurisprudenz, die zur Zeit weniger populär ist als irgend eine andre Wissenschaft. Das Warum lässt sich gewis nicht aus einer einfachen Ursache erklären; ein bedeutender Teil der Schuld trifft uns juristische Schriftsteller. Wenn ein Laie zu wissen wünscht, aus welchen Büchern er sich Belehrung schaffen könne über juristische Fragen, die nicht ganz an der Oberfläche liegen, so werden wir ihm meist die Antwort schuldig bleiben. Wo wir nicht gar nur für Schriftsteller schreiben, sind unsre Werke meist nur für ein eng begrenztes Publikum, Studenten oder Praktiker berechnet. Die Kunst, juristische Dinge wissenschaftlich und zugleich gemeinverständlich und interessant vorzutragen, ist selten geworden. Aber die Bedeutung dieses Hindernisses darf auch nicht überschäzt werden: was aus Büchern nicht zu entnemen ist, kann das lebendige Wort leicht beschaffen. An jeder Universität wird mindestens ein Romanist zu finden sein, der dem sprachforschenden Kollegen mit Vergnügen entgegen käme, um zur Einleitung der Bearbeitung juristischer Quellen in den filologischen Seminarien zu helfen. Auch bei der weiteren Ausfürung würden Jurist und Linguist vielfach Gelegenheit haben, sich wechselweis zu unterstützen.

Dass wir Juristen die ganze Angelegenheit nicht selber in die Hand nemen, hat seinen ausreichenden Grund darin, dass wir das nicht können: uns Lehrenden felt die filologische

Schulung, den Mitgliedern der juristischen Seminarien aber die Hingebung und das Sitzfleisch.

III.

Es gehört zur filologischen Methode der Gegenwart, neben den sprachlichen Eigentümlichkeiten auch die Quellen zu eruiren, aus denen ein Schriftsteller geschöpft hat. Dies Schöpfen ist selbstverständlich häufig kein blosses Uebernemen des fertig Gegebenen, auch bei Produktionen, die wie „eigene“ heissen dürfen, ist die Frage wol berechtigt, woher die Anregung dazu gekommen.

Schanz in Würzburg behandelt im Philolog. 1883 den Gegensatz von Labeo und seinem Widerpart Capito. Schon dass S. überhaupt dies Gebiet berürt, verpflichtet uns; aber auch die ganze Ausfürung ist lehrreich und interessant in mehrfacher Beziehung. Er geht aus darauf „das Prinzip“ kennen zu lernen, welches das verschiedene Verhalten der Genannten [L. und C.] zum Rechtsstoffe bedingt. Die in neuerer Zeit hierüber geäusserten Vermutungen Dirksen Kuntze Puchta Bremer Pernice Frederking, werden zusammengestellt; ein Bild dessen Buntscheckigkeit nicht zu leugnen ist. Dann tritt die Persönlichkeit Labeos, über die wir zweifellos besser unterrichtet sind, als über die Capitos, in den Vordergrund; dem bekannten Material wird Festus s. u. Penatis beigefügt. Das Resultat: um jene Zeit stehen unter den Grammatikern die Schulen der Analogisten und der Anomalisten einander gegenüber, ein gleicher Gegensatz muss auch innerhalb der Rechtslehre bestanden haben, Labeo war durchweg Analogist, also Capito Anomalist, so erklärt sich „dass die Geschichte des Rechts zwar von Labeo vieles zu berichten weiss, dagegen von Capito schweigt“.

Ich glaube, dass wir von der Methodik unserer Sprachforscher viel lernen können, aber gerade gegenüber diesen Ausfürungen erwacht zunächst ein methodisches Bedenken: muss den Verschiedenheiten im Verhalten Labeos und Capitos zum Rechtsstoff just „ein Prinzip“ zu grunde gelegen haben? woher wissen wir, dass sie durch eine grosse, und nicht durch hundert kleine Ursachen bestimmt wurden? — Andre haben aber nach solchem Prinzipe auch schon gesucht. — Was

beweist das? einstweilen sehen wir nur, dass Niemand ein haltbares gefunden. — Gewis waren L. und C. verschieden von Anlagen und Charakter, verschieden in der Erziehung und ganzen Ausbildung; nicht zu leugnen, dass durch Schanz ein gewisser Zusammenhang Labeos mit den grammatischen Analogisten warscheinlich geworden, mag L. sich selber zu ihnen gezält haben, und durch diesen Zusammenhang in einzelnem bestimmt sein. Ueber Capito aber erfaren wir hiedurch nichts; ihn zum Anomalisten zu stempeln, blos weil er ein Gegner Ls. gewesen, ist nicht zulässig. Uebrigens muss ich gegen Schanz leugnen, dass der Gegensatz der Analogisten und der Anomalisten in die Rechtswissenschaft hineinpasse, beides wären Verirrungen, von denen gerade die bedeutenderen Römischen Jurekonsulten durchweg sich freigehalten zu haben scheinen; der grösste unter den Proculianern Celsus filius darf gewis kein Analogist und der grösste Sabinianer Julian kein Anomalist genannt werden. In den wenigsten der bekannteren Schulkontroversen erinnert irgend etwas an den Gegensatz des Analogismus und Anomalismus. Kurzum die Bemerkungen von Schanz werfen neues Licht auf die Persönlichkeit Labeos, one dass der ganze Schulenstreit von dieser Aufklärung profitirte.

Wo Widerspruch und Zustimmung gemischt erscheinen, liegt die Gefar nahe, dass diese in jenem ersticke. Darum wiederhole ich: der Hinweis, dass die Grammatikerschulen auf die Römischen Rechtsgelehrten einen gewissen Einfluss geübt, ist mit Dank anzunemen, Analogieen und Anomalieen fanden sich auch im Recht und die klare Erkenntnis dieses Gegensatzes muss auf die Entwickelung der Rechtswissenschaft überhaupt fördernd gewirkt haben; bei Labeo insbesondere ist eine nähere Fülung mit den Analogisten warscheinlich, wol nicht unwarscheinlich dass Capito denselben minder nahe gestanden. Dagegen ist zu leugnen, dass gerade dieser Gegensatz auch auf die Schüler und Anhänger der beiden Meister sich übertragen, und dass wir berechtigt, in den Proculianern schlechthin eine Analogisten-, in den Sabinianern aber eine Anomalistenschule zu sehen.

Eigentlich hat auch Schanz dies nicht behauptet, seine selbständigen Ausfürungen beschränken sich auf Labeo und

Capito; aber bei dem Prinzip das er sucht, denkt er doch wol nicht blos an den ersten zufälligen Anstoss, sondern an den dauernd leitenden und bestimmenden Grund, alle Zitate die er bringt beziehen sich auf die Existenz oder Nichtexistenz bleibender Differenzen zwischen den Schulen. Jedesfalls wird der Schein erweckt, dass das Prinzip des Schulgegensatzes gesucht werden sollte, und dass dieses nicht gefunden worden, musste ausdrücklich gesagt werden. Uebrigens dürfen wir, moderne Juristen, dem Filologen darum keine Vorwürfe machen, dass er gesucht was wir auch gesucht, und nicht gefunden was wir auch nicht gefunden haben.

Trifft hier überhaupt ein Vorwurf, so trifft er lediglich die Juristen, und zwar darum weil dieselben nicht methodisch gearbeitet haben; sonst besässen wir längst eine übersichtliche Zusammenstellung des ganzen hergehörigen Quellenmaterials, die freilich nicht den vielleicht gar nicht vorhandenen inneren Zusammenhang der einzelnen Kontroversen, wol aber die Unhaltbarkeit willkürlicher Untersuchungen aufzudecken vermöchte. Dass Dirksens Arbeit nicht ausreicht, hat der Erfolg bewiesen.

Ganz beiläufig: die Frage, ob Proculianer und Sabinianer Lehranstalten oder Doktrinparteien gewesen, ist zur Zeit noch zu den brennenden zu zälen. Ein gewisser Zusammenhang zwischen ihr und der nach dem geistigen Verbindungsmittel der beiderseitigen Schulmeinungen wird sich kaum leugnen lassen. Schade dass Bremer seine Beweisfürung nicht auch von dieser Seite her, aus dem Inhalt der verhandelten Kontroversen zu ergänzen versucht hat.

Schliesslich wollen wir der freundlichen Beisteuer des Filologen noch eine Manung entnemen. Nicht blos bei Labeo und Capito sondern bei allen Grösseren unter den Jurekonsulten, sollten wir geprüft, oder doch zu prüfen begonnen haben, wie sie geworden, woher ihre Meinungen stammen. Leider glauben unter den Juristen noch immer Einzelne an die fungibeln Personen Savignys; und wenn dieser Gläubigen auch nur noch eine kleine Minderzal ist, so sind doch andererseits derer noch wenigere, die was erhebliches getan haben um die Individualitäten der einzelnen Konsulten ins Licht zu

stellen. Und freilich, wo man noch keine Individuen vor sich sieht, da kann man sich auch dafür wie sie geworden nur wenig erwärmen.

IV.

Neben die Frage, woher hat der einzelne Jurist seine Meinungen, stellt sich als mindestens gleichberechtigt die andere, woher hat das einzelne Volk sein Recht? Es darf zur Zeit als wissenschaftliches Gemeingut bezeichnet werden, dass das Recht nichts absolutes überall und allezeit gleiches, und ebensowenig etwas schlechthin nationales ist, so dass niemals ein Volk von dem angestammten Rechte loszukommen, oder in das eigne fremde Elemente hereinzunemen vermocht hätte. Wir wissen eben genug von der allgemeinen Rechtsgeschichte, um auf die allgemeine Frage, wie das Recht eines Volkes sich ausbilde und gestalte, jede allgemeine Antwort abzulenen: bald so, bald anders, unter dem Einfluss mannigfaltiger, noch keineswegs vollständig zu übersehender Faktoren. Eben deshalb ist die Spezialprüfung geboten.

Wie das einzelne Volk zu dem in einem bestimmten Zeitraum geltenden Recht gelangt, ist ein zweifellos in das Gebiet der Rechtsgeschichte gehöriges Thema. Seltsamer, und nur aus gewissen Besonderheiten unserer modernen Jurisprudenzentwickelung erklärlicher Weise, wird es nicht immer dahineingestellt. Dass die Frage nach der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland eine rechtsgeschichtliche ist, bezweifelt Niemand; aber woher die Römer ihr Recht geschöpft, das gilt vielen als Stück der Rechtsvergleichung. Gewis fallen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung nicht zusammen, gewis hat jede von beiden ihre volle Berechtigung; gewis berüren sich beide vielfach; umsomehr wäre oft eine bessere Grenzregulirung zu wünschen.

Ich will auf zwei Arbeiten hinweisen, die eminent rechtshistorisch sind, von den Meisten aber in das Fach der Rechtsvergleichung gestellt werden dürften. Was Bernhöft über Stat und Recht der Römischen Königszeit erbringt, ist kürzestens als Versuch zu bezeichnen, einem schon von Mommsen gestellten Probleme innerhalb gegebener Schranken gerecht zu werden:

Dürftig ist die unmittelbare Ueberlieferung auch für Rechtssätze; dafür aber darf man wol hoffen, dass mit der Zeit für Untersuchungen dieser Art, die ihrem Wesen nach weit über Rom hinaus und in eine ferne Vergangenheit zurückgreifen, noch eine andere Quelle sich eröffnen wird, die Vergleichung der Urzustände der verwanten Nationen (Forsch. I 321).

Ob die Art der Ausfürung ganz dem entspricht, was M. vorgeschwebt, mag dahingestellt bleiben. Die Arbeit hätte methodisch bedächtiger vorgehen können: erst selbständige Erforschungen der verwanten älteren Rechte, dann Vergleichung zum Zwecke der Vervollständigung der Römischen Rechtsgeschichte. B. hat vorgezogen direkt auf dies lezte Ziel loszusteuern, nur bei den einzelnen Instituten werden verwante Erscheinungen des Griechischen und des Indischen Rechtes mit in betracht genommen. Die Zweckmässigkeit dieses Verfarens, überhaupt ob mit der aufgewanten Mühe weitere und sicherere Resultate zu erzielen gewesen wären, kann hier nicht durchprüft werden. Nur dem Bedauern ist ausdruck zu geben, dass es der Redaktion der Zschr. trotz redlichem Bemühen nicht gelungen ist, eine der Bedeutung des Werkes entsprechende Rezension zu erwerben. Dass Bs. Darstellung einstweilen das plausibelste Bild gibt von den Dingen mit denen er sich befasst, und das beste Zeugnis für den Scharfsinn und Eifer des Vfs., ist schon von Anderen anerkannt.

Viel weiter als B. hat Leist sein Ziel gesteckt. Es kommt ihm nicht blos darauf an, unsere Kenntnis des Römischen Rechts und seiner geschichtlichen Entwickelung durch Aufdeckung der Urquellen zu erweitern und zu klären, sondern die Darstellung dieses Vorläufers des Römischen Rechts, der alten gemeinsamen Stammesinstitute der Griechischen und Italischen Völkerschaften (im gegensatz zu dem was später die Römer von den Griechen entlent) ist ihm ein Problem für sich, eben sein Problem. Diese Aufgabe ist auch eine rechtsgeschichtliche, doch fällt der Rechtsvergleichung bei der Lösung die Hauptrolle zu, da durchaus keine direkte Ueberlieferung vom Graeco-italischen Recht auf uns gekommen. Von den in die Vergleichung zu ziehenden Rechten ist nur das Römische der modernen Juristenwelt geläufig, sonst

war überall der Erkenntnis erst Ban zu brechen; daher das ganze Unternemen zu den grossartigsten gehört, an welche je ein Rechtshistoriker gegangen ist.

Um Ausfürung und Stichhaltigkeit der Ergebnisse im einzelnen zu beurteilen, hätte Referent die Quellen und die als Vorarbeiten benuzte Litteratur eingehend durchzuarbeiten. Zu beidem felt die Zeit, die um so länger bemessen sein müsste, als ihm bisher von Quellen und Litteratur nur das wenigste vor die Augen gekommen. Diese Erkenntnis der Unzulänglichkeit der eigenen Urteilskraft fürt ihn aber durchaus nicht zum blinden Glauben. Erstlich spricht die allgemeine Erfarung dafür, dass bei so viel eigner, von Andern wenig vorbereiteter Arbeit der Autor regelmässig in vielem, grossem und kleinem irren müsse; zweitens bin ich, wo Leist den mir bekannten Boden des Römischen Rechts betritt, mit vielem uneinverstanden, ich habe manches bisher anders angesehn und füle mich keineswegs überall bekehrt. Statt vieler kleinen Beispiele ein grösstes: für eine Reihe seiner bedeutendsten Arbeiten ist bei L. der Gedanke der „naturalis ratio" gleichsam der rote Faden gewesen, die Vorrede hebt dies nachdrücklichst hervor, § 84—85 folgen ausfürliche Darlegungen der „ratio naturalis — aequitatis — utilitatis — uoluntatis" [die r. n. ist nicht „das der menschlichen Natur eingepflanzte gemeinsame Rechtsbewusstsein", sondern „reale Naturordnung", sachlich gleichartig dem altarischen Begriff des Rita u. s. w.]; auch jezt, wo die L.sche Beweisfürung durch den lezten Stein gekrönt ist, bin ich nicht überzeugt, nicht davon, dass Ls. Wiedergabe der mit den gedachten Ausdrücken bezeichneten Begriffe eine völlig zutreffende, auch nicht davon, dass diese Ausdrücke überhaupt so scharf abgezirkelte Begriffe zu bezeichnen bestimmt gewesen, und nicht von diesem Juristen mal in diesem und von einem andern in anderem immerhin mit jenem zusammenhängenden und verwanten Sinne gebraucht worden seien.

Aber bei alledem: das Buch hat mir imponirt wie selten ein neu erschienenes, könnte mir denken, dass die ersten Bände von Savignys Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter auf die Zeitgenossen einst änlich gewirkt. Zum ersten Male ist ein Bild geboten von Dingen, von welchen

wir bislang durchaus keine Anschauung gehabt. Auf dem Wege des Verstandesschlusses gelangten wir wol zu dem Resultate dass dort Dinge sein müssten, möglich dass Einige die Lücke mit Fantasiegebilden für sich ausgefüllt haben; ein auf die Warnemung von Objekten gestüztes und übrigens mit ehrlicher Arbeit ausgefürtes Bild hat es bisher nicht gegeben. Das Bild mag in vielem falsch sein, in noch mehrem lückenhaft und ergänzungsbedürftig, aber es ist ein Bild, und erweckt in uns die Ueberzeugung dass damit ein Stück Warheit gewonnen, und zugleich der Weg gewiesen ist zu weiterem Gewinn.

Die Ausfürung ist in jeder Beziehung eine Vertrauen erweckende. Quellen und Litteratur sind sorgfältigst benuzt. Der Vf. hat sein Werk völlig ausreifen lassen, er hat sich zu festen Anschauungen hindurchgerungen und trägt diese mit musterhafter, für die Schwierigkeit dieser Aufgabe geradezu bewunderungswürdiger Klarheit vor. Ob „ṛita — rrata — dhāma — sradhā — dharma“ wirklich die Bedeutungen gehabt, die L. ihnen beilegt, weiss ich durchaus nicht; aber ich erfare genau, was er sich bei diesen Worten denkt, ich weiss bestimmt, was ich entweder anzunemen, oder mit ebenso treuer Arbeit aus den Quellen zu widerlegen haben werde. Ueber die Schwierigkeiten, die der Aufgabe einwonten, und über die Bedenklichkeiten seiner Lösung teuscht L. selber sich nirgends:

> Diese Sachlage ist keine lockende: sie ist wol der Grund, weshalb man der Aufgabe, die ich hier ververfolge, erst so spät näher getreten ist. Sie ist auch der Grund, dass dasjenige, was ich zu bieten vermag, nur als Stückwerk auftritt. Aber das darf nicht hindern, dass man streben muss des überhaupt Erreichbaren Herr zu werden.

Und auch das spricht für die Richtigkeit der Ergebnisse in ihrer Totalität, dass sich hier ein Reichtum von Erscheinungen darstellt, wie ihn eben nur die Wirklichkeit zu bieten, die äusserste Anstrengung der Fantasie des Einzelnen nimmer zu schaffen vermag. Die Fülle von genossenschaftlichen Gebilden, die im ersten Bande von Gierkes Genossenschaftsrecht auf verhältnismässig eng begrenztem Boden uns ent-

gegentreten, hätte auch kein Fantast aus sich zu erfinden vermocht.

In dieser Fülle findet sich, wie vorher bemerkt, manches dessen Richtigkeit ich nicht zu beurteilen weiss, anderes was ich bezweifeln muss. Misdeutungen vorzubeugen füge ich ausdrücklich hinzu, dass vieles für mich höchst warscheinlich gemacht ist. Freilich in sehr verschiedener Art. Häufig habe ich, und werden vermutlich auch andere den Eindruck haben, als würde der Blick eröffnet in weite Fernen, in denen offenbar grosse Massen, sagen wir Berge bestehen, deren Formen aber nur schwach aus Dunst und Nebel hervorragen. An andern Stellen treten helle scharf ausgeprägte Bilder ein. So zum Beispiel die Gerichtsscene auf dem Schilde Achills, die Leist auf Grundlage der Ausfürungen Hofmeisters (Zschr. f. vgl. R. W. II) mit wesentlichen Besserungen überaus klar und ansprechend entwickelt. Ich halte dies für ebenso gut bewiesen wie manches Stück aus der Römischen Rechtsgeschichte, das augenblicklich Niemand bezweifelt.

Fragt man endlich, was denn eigentlich mit dem Leistschen Buch gewonnen sei, so ist dies eine Frage, die zunächst selber der Erläuterung bedarf. Ueberall ist die Erweiterung des menschlichen Wissens ein Zweck an sich, Geschichts- und Sprachforschung sind neuerdings in Vorzeiten eingedrungen, die früher allgemein als unerforschlich galten; warum sollte die Rechtsforschung ihnen nicht folgen? Und welches noch verborgene vorzeitliche Recht könnte uns mehr interressiren als dasjenige, aus welchem das an und für sich vollkommenste und auch für die Gegenwart noch wichtigste Recht hervorgewachsen ist? — Sinn erhält jene Frage nur, wenn wir von der selbständigen Bedeutung der L.schen Untersuchungen ab, und auf deren Zusammenhang mit älteren, früher schon in guten Gang gebrachten Arbeitsreihen übergehen.

Hier bieten sich zwei Anknüpfungspunkte. Einmal an die rechtsfilosofischen Arbeiten. L. hat den Zusammenhang und die Tragweite seiner Forschungen in dieser Richtung erkannt, aber er vermeidet absichtlich näheres Eingehen, was einzelne beachtenswerte Streiflichter nicht ausschliesst. Es bedarf aber auch eines mehren kaum. Die Wirkung ist ver-

nichtend und segensreich zugleich. Abgetan wird was niemals hätte entstehen sollen. Wie dürfen wir allgemeine Begriffe aufstellen, one Kenntnis der einzelnen Dinge, die wir dahinein begreifen wollen, oder noch richtiger mit der Kentnis und in dem Bewusstsein von so und so vielen der dahingehörigen Dinge nichts zu wissen? Viele glauben Recht, Prozess u. s. w. mit irgend welchen Formeln erschöpfen zu können; nun sehn wir, dass Jarhunderte, vermutlich Jartausende lang viele Völkerschaften eine Existenz gefürt haben, die keine absolut rechtlose gewesen, und auf deren Lebensnormen jene Formeln doch ganz unanwendbar sind. Kennen wir einst die Rechte aller Zeiten und aller Völker, dann werden wir vielleicht finden, was überhaupt Recht der Menschen auf Erden genannt werden darf. Es ist aber noch ein weiter Weg bis dahin.

Andererseits schliesst sich die Leistsche Arbeit an unsere rechtsgeschichtlichen Untersuchungen, zumal die das Römische Recht betreffenden. Hier ist die Einwirkung einstweilen keine korrektive, auch gerade keine ergänzende, wenn man hiebei an das Heranbringen neuer früher unbekannter Tatsachen denkt. Was zugebracht wird, sind neue Fragen, durch deren Einrücken aber das Bild ein viel belebteres wird. Neben die Frage, aus welchen Keimen das Römische Statswesen erwachsen, tritt jezt ebenbürtig die andere, aus welchen Keimen das Römische Rechtswesen erwachsen ist. Ins Zwölftafelrecht mag Griechisches Recht, aus den damaligen Griechischen Städten oder Staten neben das Einheimische gebracht sein; aber dies einheimische Recht selber, was war es? wie weit war es noch allgemein Italisches, wie weit allgemein Latinisches? wieweit besonderes Römisches? und dieses besondere Römische, woher stammt es, warum ist es ein besonderes, und zwar dieses besondere geworden? — Dann in der späteren Fortbildung, Aequitas, Ius gentium u. s. w. welcher Art sind all diese Neuerungen? ist es eine Rückkehr zu älterem, unter Ueberwindung des besonderen Römischen? oder ganz neues neuen Lebensverhältnissen entsprechendes? oder fertig von Nachbarn übernommenes? oder, oder . . . . Genug dieser Andeutungen. Wie viele von diesen Fragen zu lösen sein, wie viele in allezeit ungelöst verbleiben werden, ist einstweilen nicht abzusehn. Aber das ist jezt schon gewis, dass durch solche Fragstellung neues

Leben in die Rechtsgeschichtsforschung kommt. Als gänzlich unerlässlich erscheint zunächst die Darstellung eines Griechischen Verkehrsrechtes, und zwar von einem geschulten Romanisten ausgefürt; andere noch so verdienstliche Arbeiten sind für die Benutzung meist wenig bequemer als die Quellen selber.

V.

Wenn Filologie und Jurisprudenz, beide in ihrer gegenwärtigen Gestalt, neben einander treten, so wirkt der Vergleich nicht gerade herzerhebend für den Juristen. Vielorts gibt es filologische Seminarien, die ihre Wissenschaft fördernde Arbeiten schaffen; auch ausserhalb der Universitätskreise sind Viele filologisch wissenschaftlich tätig, und diese Tätigkeit steht überall unter bestimmten als zweckmässig erfundenen Regeln: es ist Methode in der ganzen Arbeit. Und damit steht die Filologie keineswegs allein, allen andern voraus; denn die Geschichte und die Naturwissenschaften arbeiten nicht minder methodisch. Die Jurisprudenz ist zurückgeblieben.

Nicht dass die Methodik uns etwas gänzlich fremdes und unbekanntes: einzelne Werke auch der neuesten Zeit, z. B. Stintzings Gesch. der Rechtswissenschaft und Lenels Edictum sind so gut methodisch gearbeitet, wie irgend welche Disciplin das fordern mag. Aber die Gebote strenger Methode bleiben viel häufiger unbeachtet, gross und klein glaubt in der Mehrzal wol der Fälle davon absehn zu dürfen. Danach sind die Erfolge.

Oder wären vielleicht die rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Zustände jezt in Deutschland befriedigende? Keine Wissenschaft ist so wenig populär wie die unsre; dem Volk ist sein Recht unbekannt, uninteressant; der praktische Jurist hält (selbstverständlich überall von Ausnamen abgesehn) die Wissenschaft für überflüssig. Aber die Tätigkeit unserer Gerichte imponirt auch Niemand, selbst dem Reichsgericht hat das bedeutendste Tagesblatt erklären müssen, die Leistungen seiner ersten fünf Jare hätten den Erwartungen nicht entsprochen. Wenig verwunderlich, wenn man der endlosen Examenmiseren in dem grössten State Deutschlands gedenkt.

Gewis sind diese unerquicklichen Verhältnisse aus mannigfaltigen Ursachen erflossen, denen allen nachzugehn dies nicht der Platz ist. Nur das soll gesagt werden, dass ein Teil der Schuld, und kein geringer, Uns selber trifft. Unter „Wir" verstehe ich die Rechtsgelehrten unserer Tage, also diejenigen, die etwas drucken lassen in der Absicht damit die Wissenschaft zu fördern. Andere Vorwürfe beiseit: Wir arbeiten, wie gesagt, zu wenig methodisch, und wenn Einer einmal methodisch arbeitet, so tut derselbe dasselbe an anderer Stelle nicht, und am wenigsten weiss sich Schreiber dieses von diesem Tadel frei.

Die Feler stecken zunächst in der Beobachtung. Wir beobachten häufig nicht genau, viel häufiger noch nicht so vollständig wie möglich wäre. Wir arbeiten oft nach schlechten Editionen, dass wir bis zum Eingreifen Mommsens mit den alten (einschliesslich der Kriegelschen) Corpusjuris-Ausgaben vorlieb genommen, ist allein durchschlagend wider uns. Aber noch schlimmer, noch verbreiteter ist die Unvollständigkeit der Materialienbenutzung. Es ist eine vollauf berechtigte, aber sehr selten erfüllte Anforderung, dass bei der Monografie das vollständige Material nicht blos benuzt, sondern auch für Andere nutzbar zusammengestellt sei; jede Monografie dieser Art behält bleibenden Wert, auch wenn die eigenen Konstruktionen gänzlich verfelte wären. Am schwersten trifft dieser Vorwurf den Romanisten, da es für ihn besonders leicht zu sein pflegt, Uebersicht über das ganze vorhandene Material zu geben. Die Unvollständigkeit kann verschiedener Art sein. Bei Burckhards schätzbarem Buche über die civilistischen Praesumptionen habe ich allezeit bedauert, dass es ihm nicht gefallen hat, alle einzelnen in unserm Corpusjuris auftretenden Praesumptionen zusammenzustellen; die wirklich korrekte Methode würde zudem bei jeder einzelnen Praesumption die Anfürung aller auf dieselbe bezüglichen Corpusjurisstellen erfordert haben.

Dass B. nicht alle einzelnen Praesumptionsfälle zusammengebracht hat, ist kein einfacher Beobachtungs- sondern zugleich ein Abstraktionsfeler: Abstraktion aus unvollständigem Material. Dieser Abstraktionsfeler ist zu tadeln weil er zu vermeiden war; wogegen andere Abstraktionsfeler, dass aus

dem vollständigem Material nichts oder falsches gewonnen wird, auch mit der besten Methode nimmer aus der Welt zu schaffen sein werden. Die Folgerung aus unvollständigem Material wird einigermassen entschuldigt, wo der Autor im klaren Bewusstsein seines Tuns, auf seine eigenen Resultate auch nicht mehr gibt als sie wert sind. Ars dubitandi und jenachdem Ars nesciendi sind vielleicht die Hauptstücke jeder guten Methode; und gerade wider diese haben wir Juristen uns am meisten versündigt.

Abstraktion aus dürftigen Materialsfragmenten und dreister Fortbau auf dem hiemit eroberten Grund oder Nichtgrund, mögen wir sie als aprioristische Konstruktionen, oder als falsche Anwendungen der deduktiven Methode bekämpfen. Nicht one alle, aber aus sehr spärlicher Beobachtung wird ein fern liegendes Resultat gezogen: das ist Recht, das ist Prozess u. s. w.; und dann sollen aus jenem nie in irgend welche ganz felerlose Formel zu fassenden allgemeinsten Begriffe die mannigfaltigsten Spezialitäten deduzirt werden. Nichts dawider, wo dies zu Zwecken der Anregung, der Vor- oder Nachprüfung anderer Ergebnisse geschieht, wo der Vf. in richtiger Uebung seiner Ars dubitandi das Bewusstsein nicht verliert (dass er es stets ausspreche, ist nicht zu verlangen), immer nur mit Hypothesen zu operiren. Aber das Recht, heisst es, und die Rechtswissenschaft desgleichen, solle doch nicht zweifelhafte (hypothetische) sondern gewisse Resultate schaffen; und die Meisten, die in jener Weise gearbeitet haben, vermeinen auch heute noch, diese juristische Gewisheit erreicht zu haben. Vielleicht sind sie einigermassen zu entschuldigen.

Vorher ein anderes. Haben diese Mängel der Methode wirklich teil an der Erzeugung der vorbemerkten Uebelstände? durch die geforderte strengere Methode würde die Jurisprudenz nur noch lederner werden, langweiliger für den Autor, den sie zu tausend kleinen in der Tat geistlosen Arbeiten und Mühen zwänge; nicht erbaulicher für den Leser, der Gefar liefe den Nachtfleiss des Verfassers überall durchzuwittern. — Aber one diese vielen scheinbar geistlosen Mühen kann keine wissenschaftliche Disciplin bestehen, ist nichts Grösstes auf Erden geschaffen worden. Der Beispiele wird's kaum bedürfen: Naturforscher Filologen Historiker machen sich mit dem

kleinen Krimskrams viel mehr zu tun als wir; und alle die sind viel populärer.

Nur der Erfolg fesselt das Interesse dauernd, nicht geistreiches Geschwätz. Die Naturwissenschaften Sprach- und Geschichtskunde haben kolossale Fortschritte in unserm Jarhundert gemacht, nach beiden Richtungen, Berichtigung von Irrtümern und Aufdeckung von (relativen) Warheiten. Der grösste Zweifler muss ihnen lassen, dass sie gegenwärtig verfügen über eine Fülle neuerlich erworbenes Gutes, so sicher erworbenes wie wissenschaftlicher Erwerb überhaupt nur sicher sein kann. Hinter allen diesen stehen wir zurück, haben nicht nichts, aber viel weniger des Errungenen. Und was bei uns als sicherer Erwerb der Neuzeit gelten mag, das liegt grösstenteils auf den Grenzgebieten, Rechtsgeschichte, Litterärgeschichte, und ist das Resultat guter methodischer Arbeit. Gerade im Centrum, für die dogmatische Jurisprudenz ist der Erwerb der kleinste, auch scheint es oft als ob für diese die rechte Methode, oder sagen wir die rechte Uebertragung und Anwendung der allein wissenschaftlichen Methode, noch gar nicht gefunden sei.

Regelmässig liest der juristische Praktiker keine Monografien, mit der Spreu verwirft er den Waizen. Das ist nicht zu rechtfertigen. Aber zu begreifen ist es gleichwol, dass wenn eine umfängliche Litteratur sich andauernd im Kreise bewegt, kein Fortschritt zu konstatiren ist, C wol die Irrgänge von A und B klar legt, aber auch selber keine Garantie dawider bietet dass ihm bald dasselbe von D oder E geschehe, dass da übrigens viel und meist zuviel beschäftigten Leuten die Lust vergeht, auf die Warnemung dieses Getriebes Zeit und Mühe zu verwenden.

Und ebenso wie die Behandlung die wir erfaren, ist auch unser eigen Tun nicht unverständlich. Vor allem liegt uns allen immer noch einiges von der alten naturrechtlichen Doktrin, von dem Aberglauben ans absolute Recht in den Gliedern. Ihr grosser Gegner, angeblich Besieger, Savigny steckt selber noch in ihrem Bann, bis ans Herz hinan. Die Späteren sind teils mehr teils weniger Naturrechtler als S., gänzlich frei ist wol noch keiner. Ich selber habe wiederholt dawider geschrieben, wundert mich dass keiner der von

mir Angegriffenen den Spies umgedreht und bei mir Verirrungen derselben Art nachgewiesen hat. Noch jezt ertappe ich mich nicht ganz selten auf Gedankenreihen, denen jeglicher Boden felt sobald man die Negation jener naturrechtlichen Anschauungen streng durchfürt. Das ist die Macht der Tradition, der sich Niemand gänzlich und plötzlich zu entwinden vermag.

Einen Teil der Schuld mag auch die besondere Natur unserer Wissenschaft zu tragen haben. Die Jurisprudenz soll dem Richter dienen, wie die wissenschaftliche Medizin dem Arzte. Dieser wie Jener treten auf mit einer Reihe praktischer Fragen, die one Deduktion nimmer praktisch zu lösen sind. Wir brauchen allgemeine Sätze notwendig, um zu den erforderlichen Einzelbescheiden zu gelangen. Wir deduziren also zu praktischen, nicht rein wissenschaftlichen Zwecken. Das erklärt einigermassen zwei Feler, die bei unsern Deduktionen einlaufen: mangelhafter Aufbau der allgemeinen Sätze, und Ueberschätzung ihrer Zuverlässigkeit. Mangelhafter Aufbau, aprioristische Konstruktion und ihres gleichen, vermeintlicher Warheiten die wir aus uns selber und dem uns nächstliegenden, jedesfalls aus einem viel zu kleinen Beobachtungsfelde entnommen haben. Ueberschätzung der Zuverlässigkeit,. Verleugnung des Ars dubitandi, indem wir die äussere formale Warheit (d. h. Unumstösslichkeit), die jeder Richterspruch durch Beschreitung der Rechtskraft erhält, verwechseln mit der Warheit und Richtigkeit der Normen aus denen er abgeleitet ist.

Medizin und Jurisprudenz gehn heute nicht ganz zusammen. Jeder Arzt ist gerechtfertigt, der seine Verordnungen „lege artis“ getroffen hat; aber auch unter den Fachmännern ist der Glauben an diese „leges artis“ erschüttert, kein denkender Mediziner glaubt an ihre absolute Richtigkeit, man weiss nur eben zur Zeit nichts besseres. Und mit der Aufstellung der allgemeinen Sätze, aus denen zu deduziren, ist man bis vor gar nicht langer Zeit in der Medizin ebenso leichtsinnig vorgegangen wie in der Jurisprudenz; die konsequente Durchfürung der wissenschaftlichen Methode datirt erst aus der Mitte dieses Jarhunderts.

Dass ein änlicher Umschwung auch bei uns bald eintreten möchte. Die Grundgedanken der historischen Schule im allerweitesten Sinne dieses Wortes, haben wir Juristen nicht zuerst entdeckt, aber für die Pflege und Ausbildung derselben (d. h. der Grundgedanken) hat kein Anderer mehr getan als die Koryfäen unserer (juristischen) historischen Schule. Leider haben wir dann zu lange geruht auf diesen Lorbeeren, haben allerlei wissenschaftliche Allotrien für erlaubt gehalten, und sind darum in der echten wissenschaftlichen Arbeit überholt von Vielen.

VI.

Der Kreis von zumeist Berliner und Bonner Professoren den wir als historische Schule im e. S. bezeichnen dürfen, besass allerlei eigentümliche Sympathien und Antipathien. Insbesondre wurden gewisse Arbeiten unterlassen, die nach den Prinzipien der historischen Wissenschaft unbedingt zu erfordern gewesen wären, so die dogmengeschichtlichen Untersuchungen bezüglich auf die Entwickelung des modernen Rechts aus seinen mittelalterlichen Vorläufern, wie sie erst durch Bruns zu ehren gebracht sind, desgleichen alle rechtsgeschichtlichen Forschungen die über die Gebiete des Römischen und des Deutschen Rechts hinausgriffen. Die Preisaufgabe der Berliner Akademie, welche zum Attischen Prozess von Meier und Schömann gefürt hat, muss von Savigny veranlasst sein, übrigens ist von den Zugehörigen dieser historischen Schule, denen Heffter nicht beigezält werden darf, für die Aufhellung auch nur des nächstliegenden Griechischen Rechts so gut wie nichts getan. Dieser Vorgang hat nachgewirkt: die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, und auch unsere Zeitschrift für Rechtsgeschichte haben die hier einmal gezogenen Schranken vielleicht nur zu getreu eingehalten.

Gans, der sich der auswärtigen (im Gegensatz zu den in unser heutiges Recht zusammengeflossenen) Rechte angenommen ist es, nicht one eigne Schuld, mislungen, dem von ihm in Opposition zur historischen Schule behandelten Stoffe das allgemeine Interesse in Deutschland zuzuwenden. Wieder waren es vornemlich Bruns Testamente, die uns

überzeugt haben, dass im Griechischen Rechte, das die Ausländer schon früher unbefangen betrachtet hatten, echte Rechtsgedanken stecken. Seit 1878 haben wir eine Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Unter vergleichender Rechtswissenschaft aber verstehn wir häufig noch mancherlei was mit der Rechtsvergleichung eigentlich nichts zu tun hat. Untersuchungen über Griechisches, über Indisches Recht u. s. w. sind in der Tat rein rechtsgeschichtliche Untersuchungen, und doch suchen und finden wir sie (aus dem angegebenen litterärgeschichtlichen Grunde) in der Zschr. für Rechtsvergleichung, nicht in der für Rechtsgeschichte. Auch wieviel vom Griechischen Rechte, und wie dies ins Römische Recht übergegangen, ist genau besehn keine Frage der Rechtsvergleichung sondern der Rechtsgeschichte; man müsste sonst auch die Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland aus der Rechtsgeschichte in die Rechtsvergleichung verlegen.

Weiter: das blosse Nebeneinanderstellen verschiedener Rechte, ist streng genommen auch noch keine Rechtsvergleichung. Die Rechtsvergleichung beginnt, wo diesem äusserlichen Zusammenstellen eine gemeinsame verbindende Betrachtung nachfolgt, die zu verschiedenen Zwecken vorgenommen werden kann. Sehr oft wird der Gesetzgeber solcher Rechtsvergleichung nicht entraten dürfen; dieselbe ist die einzig berechtigte Basis aller rechtsfilosofisischen Konstruktionen; von der Verwertung für die Rechtsgeschichte geben Bernhöft und Leist Beispiele.

Die Bedeutung dieser Rechtsvergleichung, vorausgesezt dass sie sich beschränke durchaus erkannte Rechtsgebilde mit einander in Vergleichung zu bringen, wird in der Gegenwart theoretisch kaum noch bestritten. Dass sie tatsächlich den ihr gebürenden Platz bereits eingenommen, ist damit nicht gesagt: Gesetzgeber und Filosofen werden die von ihr geforderten Arbeiten noch häufig für zu mühselig erachten, und auf anderem Wege rascher und bequemer ans Ziel zu gelangen vermeinen; und die Rechtshistoriker trauen ihr häufig noch zu wenig.

Nur mit dieser lezten Erscheinung haben wir uns hier zu beschäftigen. Das Mistrauen kehrt sich gegen die Rechtsvergleichung im so zu sagen weiteren Sinne. Es gleicht dem

Verhalten vieler Filologen wider die Sprachvergleichung: „die Sprachvergleicher sollen erst Filologen werden". Das können wir annemen: die Rechtsvergleicher sollten Rechtshistoriker sein. Dass dies der Fall, dies Ziel erreicht sei, wird vielfach bestritten: Mangel an Methode, der durch dilettantische Begeisterung nicht zu ersetzen, wird den Rechtsvergleichern vorgeworfen, häufiger intra parietes als in öffentlichen Rezensionen; unverkennbar aber ist das Verhalten der Juristenwelt in Deutschland zu rechtsvergleichenden Arbeiten im ganzen noch ein sehr laues. Spezifiziren wir die Vorwürfe:

ungenügende Kenntnis derjenigen Rechte, welche zur Vergleichung benuzt werden;

Leichtfertigkeit bei der Vergleichung selber;

entsprechend Unsicherheit der Resultate, denen gleichwol die Vergleicher selber Glauben schenken, als Verstoss gegen die Ars dubitandi.

Zu leugnen ist nicht, dass der Boden, auf welchem die Rechtsvergleichung vorgeht, etwas zu solchen Verrirrungen verlockendes in sich birgt; weiter nicht, dass Einzelne den Verlockungen erlegen sind.

Indessen. Auch wer alles annimmt was oben zu gunsten der strengsten, meinethalb pedantisch langweiligen Methodik gesagt ist, wird doch zugeben müssen, einmal dass auch die beste Methode niemals für absolute Sicherheit der Resultate gewär leisten kann; zweitens, dass je nach den Objekten auch die Arten der Warnemung verschieden sein müssen. Steht ein zur Zeit geltendes Gesetz in Frage so ist die offizielle Ausgabe desselben einzusehn; beim lebenden Gewonheitsrecht habe ich die Uebung selber zu beobachten, eventuell die Zuverlässigsten unter den Wissenden zu vernemen. Aber wenn ich in irgend einer Reisebeschreibung von den Gebräuchen eines Innerafrikanischen oder Südamerikanischen Volksstammes lese? Hier versagt die art de vérifier les dates; ich darf das Mitgeteilte hier nicht schlechthin als wahr auffassen, aber auch nicht schlechthin abweisen, als nichtmitgeteilt behandeln; man müsste sonst alte Schriftsteller, die nur in schlechtester handschriftlicher Ueberlieferung existiren, auch lieber zu lesen unterlassen (vgl. noch Kohler Zschr. f. vgl. RW. IV 281 f.),

Auch der strammste Doktrinär wird nicht behaupten, dass die Statenbildung normal mit der Einsetzung von Verwaltungsgerichten zu beginnen habe; und die vergleichende Rechtswissenschaft ist eben noch eine recht junge Disciplin.

Doch betrachten wir die Sache etwas genauer. Was heisst denn beweisen? Nirgends: objektiv feststellen. Ueberall nur warscheinlich machen, nach gewissen Regeln; übrigens in verschiedener Art, anders im Prozess anders in der Wissenschaft. Gegenbeweis ist überall zulässig, und die best bewiesenen Sätze können sich (vielleicht mit Ausname einer mathematischen Ecke) überall als falsch ergeben. Auch ist die Grösse der Warscheinlichkeit, die der wissenschaftliche Beweis fordert, durchaus nicht gleich überall, sondern abhängig von Zeit und Umständen. Es kann also prinzipiell gerechtfertigt sein, vorläufig an schwächeren Beweisen sich genügen zu lassen, und die Vervollständigung derselben späteren Zeiten zu überlassen.

Dass gerade auf dem rechtsvergleichenden Gebiete mit solcher Arbeit sehr nützliche Bücher geschaffen werden können, dafür nur ein Beispiel. Laveleye-Büchers Ureigentum (De la propriété et de ses formes primitives) ist gewis ein Werk in das viel schwach, stellenweis zu schwach bewiesenes Aufname gefunden. Es ergibt eine Fülle von Bildern von denen manche sicher falsch, viele verzogen sind, die Wirklichkeit ist nicht gerade so wie sie dort gezeichnet steht; aber dennoch ermöglicht uns das Werk eine Anung der Wirklichkeit zu gewinnen, wie sie weder der reinen spekulativen Fantasie noch dem gewissenhaftesten Studium nur der Römischen und der Deutschen Institute je zugänglich gewesen wäre. In unserer ganzen Litteratur haben wir kein besseres Korrektiv für einseitige und willkürliche Anschauungen vom Eigentum und den Gesammtrechten an Sachen.

Nach alledem darf es uns aber selbstverständlich nicht beikommen, wirkliche Leichtfertigkeit bei der Rechtsvergleichung, so wenig bei der Beobachtung wie bei der Vergleichung selber zu verteidigen. Auch der Rechtsvergleicher soll beobachten, so genau und korrekt wie dies nach Zeit und Umständen eben möglich. Da ihm aber eine grössere Masse von Beobachtungsobjekten unentbehrlich ist, so wird

man bei einigen von diesen einstweilen auch an minder zuverlässigen Warnemungen sich genügen lassen müssen. — Noch weniger freilich möchten wir den Rechtsvergleicher der Selbstkritik entbehren sehn, die Ars dubitandi ist gerade auf so schwachem Boden doppelt unentbehrlich.

Dagegen aber darf man der Rechtsvergleichung aus der Unsicherheit ihrer nächsten Resultate überhaupt, keinen Vorwurf machen. Bernhöft und Leist denken über viele Fragen diametral entgegengesezt; aber stehen vielleicht in dem best durcharbeiteten Civilrecht bei Zwang Irrtum Bedingungen Causa u. s. w. die Ansichten unserer gewissenhaftesten Forscher einander minder schroff gegenüber? Oder wäre irgend eine Wissenschaft je anders als aus einem Irrtum in den andern Irrtum verfallend vorgedrungen. Und endlich noch eins: auch die Behauptung, dass die Lösung bestimmter schon jezt scharf zu erfassender und zu formulirender Probleme, die auf ihrem Wege liegen, der Rechtsvergleichung allezeit unerreichbar bleiben werde, ist eitel Ueberhebung. Das allgemein gedachte grosse Ignorabimus unterschreiben wir mit Freuden, aber kein spezielles; wer hätte die Entdeckung der Spektralanalyse als möglich vorhersehn können?

IV.

Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter.

Von

Herrn Geh. Justizrath Professor Dr. **Fitting**

in Halle.

Die Epitome Exactis regibus. Mit Anhängen und einer Einleitung: Studien zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, herausgegeben von Dr. Max Conrat (Cohn), Professor der Rechte an der Universität Amsterdam. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung. 1884. 8. CCCLIII und 224 SS.

Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XII[e] siècle par E. Caillemer, doyen de la Faculté de droit de Lyon, correspondant de l'Institut. Caen 1883. (Extrait des Mémoires de l'Académie nationale des Sciences, Arts et Belles-Lettres de Caen.) 8. 72 pp.

Wiewohl zur Zeit mit dringlichen Arbeiten beschäftigt, welche sich lediglich auf dem Gebiete des allerneuesten Rechtes bewegen und der mittelalterlichen Rechtswissenschaft ganz ferne liegen, habe ich dennoch der von Seite der Herausgeber dieser Zeitschrift an mich ergangenen Aufforderung zur Besprechung der oben genannten Schriften keine beharrliche Weigerung entgegensetzen zu dürfen geglaubt. Denn die schöne Arbeit von Caillemer verdient es in hohem Grade, auch in Deutschland bekannt zu werden, das Buch von Conrat aber fordert die Beachtung im stärksten Maasse heraus. Und zwar nicht etwa bloss wegen seines Hauptgegenstandes, obgleich die Epitome Exactis regibus mehr als andere juristische Werke des Mittelalters auf Aufmerksamkeit Anspruch machen darf, da sie zufolge starker Benutzung in dem bekannten Wörterbuche des Brissonius zu den wenigen dieser Werke gehört, welche noch auf die Gegenwart einen unmittelbaren Einfluss üben, sondern und vor allem wegen der ungewöhnlich aus-

führlichen einleitenden Erörterungen, welche Conrat seiner Ausgabe dieser Schrift vorausgehen lässt. Darin gibt er nämlich nichts geringeres als eine bis in die kleinsten Einzelheiten eingehende, mit erstaunlicher Anhäufung gelehrten Stoffes unternommene Kritik aller Forschungen, welche in den letzten zwanzig Jahren zur Aufhellung der juristischen Literärgeschichte des früheren Mittelalters unternommen worden sind. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, dass er selbst gerade darin die vornehmlichste Bedeutung und den eigentlichen Schwerpunkt seines Buches erblicke. Jedenfalls ist es diese Partie, welche die Aufmerksamkeit des Lesers am meisten auf sich zieht, und welche am meisten geeignet ist, dem Buche ein allgemeineres Interesse zu verleihen. Nun musste und muss ich aber ferner einräumen, dass es zur Zeit wenige Gelehrte in Deutschland gibt, welche sich genau genug mit jenem Zweige der Literärgeschichte beschäftigt haben, um einer Schrift dieser Art vollkommen gerecht werden zu können, und dass es denn also Pflicht dieser Wenigen ist, ihr die gebürende Würdigung zu Theil werden zu lassen. Zu dem allem trat endlich auch noch ein persönlicher Beweggrund hinzu. Jene Kritik richtet sich nämlich ganz vorzugsweise gegen mich und meine Schriften über mittelalterliche Literärgeschichte; sie ist in der Hauptsache nichts anderes als eine fortlaufende Polemik gegen die in diesen Schriften ausgesprochenen Ansichten. Unter solchen Umständen ist man, wie mir scheint, berechtigt, von mir eine Erklärung zu fordern, ob und inwieweit ich mich durch Conrat's Gründe für widerlegt oder nicht widerlegt halte. Auch muss ich fürchten, ein Schweigen von meiner Seite könnte wohl gar als ein Geständniss gedeutet werden, dass gegen jene Gründe überhaupt nichts einzuwenden sei.

So habe ich mich denn dem Wunsche der Redaction gefügt, obschon gerade für mich — ich bedauere, diese persönliche Bemerkung nicht unterdrücken zu können — die Besprechung des Conrat'schen Buches eine keinesweges erquickliche Aufgabe ist. Nicht etwa wegen des weiten Umfanges der darin gegen mich geführten Polemik; denn darin könnte ja ein Beweis besonderer Achtung liegen. Auch glaube ich sattsam bewiesen zu haben, dass ich nicht hartnäckig an einer einmal ausgesprochenen Ansicht hafte, sondern stets

bereit bin, besseren Gegengründen Gehör zu geben, gleichviel, ob sie mir bei eigener Forschung aufstossen oder durch fremden Einwand entgegentreten. Mein Ziel ist lediglich die Wahrheit, und es kann mir daher, zumal auf einem überall noch so unsicheren Arbeitsfelde, nur erwünscht sein, wenn meine Ansichten durch scharfe Prüfung von Seite Anderer Gelegenheit erhalten, ihre Stärke und Festigkeit zu erproben, und wenn sie, soweit sie sich nicht als haltbar erweisen, je eher desto besser berichtigt werden. Allein persönlich erfreulich ist ein solches wissenschaftliches Turnier, wie jedes andere, doch bloss dann, wenn es nach den Regeln der Courtoisie vollzogen wird, und in dieser Hinsicht lässt mich Conrat's Polemik leider recht viel vermissen. Er bedient sich dabei mit besonderer Vorliebe des gehässigen Tones spöttischer Ironie; ja er kämpft gegen mich nicht einmal immer mit ehrlichen Waffen.

Denn ich kann es nicht ehrlich nennen, wenn er, wie es z. B. S. CLXXV, CLXXVII geschieht, kurze Bemerkungen, durch welche ich bei der Handschriftenbeschreibung vornehmlich bloss auf einzelne Stücke der beschriebenen Handschriften aufmerksam machen wollte, ohne irgend eine Andeutung dieses Verhältnisses als Hauptbestandtheile meiner Beweisführung behandelt. Ebensowenig, wenn er, wie z. B. S. CCXIV ff., Ansichten, welche ich in meinen ältesten literärgeschichtlichen Schriften geäussert und selbst bereits ausdrücklich berichtigt habe, mit den in meinen jüngsten ausgesprochenen ganz in die nämliche Reihe stellt, und zwar wiederum ohne jede Hinweisung auf meine inzwischen veränderte Haltung. Am allerwenigsten aber kann ich es als ehrliche Kampfweise gelten lassen, wenn in nicht seltenen Fällen meine Ausführungen in einer Verzerrung wiedergegeben werden, in welcher ich selbst sie kaum wiedererkannt habe, und wonach sie denn freilich von vornherein abschreckend und lächerlich erscheinen müssen. Wenn vollends auf S. CXL mein in der Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones Legum Romanorum des Petrus (Halle 1874) S. 23—27 geführter Beweis, dass das sog. Tübinger Rechtsbuch die unmittelbare Quelle für Petrus war, trotz ausdrücklicher Anführungen der S. 26 und S. 27 meiner Schrift, also sichtlich mit vollster Absicht, verschwiegen, auf S. CCCL

aber in dem Zusatze zu S. CXL diese Auffassung des Verhältnisses der beiden Rechtsbücher sogar als die, wie der Leser nicht anders glauben kann, neue Meinung des Herrn Kappeyne van de Coppello hingestellt wird, so liegt darin doch eine ganz grobe Verletzung des Suum cuique, welche schon aus Rücksicht für den genannten Herrn hätte vermieden werden sollen.

Es ist mir unter diesen Umständen in der That schwer begreiflich, wie Conrat mir in der Vorrede zumuthen kann, auch in der „Art seiner Polemik" einen Beweis von Achtung zu erblicken. Und soll ich etwa auch darin einen Beweis besonderer Achtung erkennen, dass Conrat, wo es seinen Zwecken dient, mir unbedenklich die gröbste Unwissenheit aufbürdet? So namentlich auf S. CLXXVII. Ich will diesen Fall etwas weiter verfolgen, weil hier zugleich ein sonderbares Missverständniss zu berichtigen ist. In meinen Juristischen Schriften des früheren Mittelalters S. 15 habe ich bei der Beschreibung einer Bamberger Handschrift eine darin enthaltene von der manumissio vindicta handelnde Stelle mitgetheilt und dabei bemerkt, die Darstellung der manumissio vindicta sei hier richtiger und genauer, als sie sonst irgendwo vorkomme, und die angegebene Formel schon nach inneren Gründen unzweifelhaft echt. Diese Bemerkung gibt Conrat nahezu wörtlich wieder, findet aber in der Stelle die Darstellung, dass der Prätor die vindicta auflege und jene Formel ausspreche, lässt mich also ohne weiteres einen solchen Unsinn verfechten. Wie lautet aber die Stelle?

> Vindicta libertas erat que per iudicem seu pretorem ipsius uirga adhibita inponebatur. Vendicabant enim eum in libertatem adiectis sollempnibus uerbis, hiis scilicet: „dico hunc hominem liberum esse more quiritum". Que hodie non desiderantur.

Wo ist hier nur irgend etwas von dem die vindicta auflegenden und die solennen Worte selber aussprechenden Prätor zu entdecken? Und ich habe mich zuerst mit Erstaunen gefragt, wie Conrat zu einer so seltsamen Auslegung habe gelangen können, bis mir endlich klar wurde, dass nach seiner Ansicht die Stelle wohl oder übel in diesem verkehrten Sinn

gedeutet werden muss, weil — in der Epitome Exactis regibus II, 15 und in der Accursischen Glosse (glo. Vindicta ad § 1 Inst. de libert. 1, 5) in der That jene falsche Darstellung enthalten ist. Nach meiner Meinung muss aber aus dieser Thatsache vielmehr ein ganz anderer Schluss gezogen werden. Sie zeigt nämlich, zu was für falschen Vorstellungen von dem vorjustinianischen Rechte das Mittelalter gelangte und nothwendig gelangen musste, wo ihm etwa nur Quellen wie der von Accursius angeführte Boëtius zu Gebote standen, und sie gibt mir daher ein neues und jetzt noch viel stärkeres Recht zu der Behauptung, dass jener Darstellung der Bamberger Handschrift, weil sie richtig ist, „sehr alte Ueberlieferungen zu Grunde liegen" müssen.

Ganz besonders liebt es Conrat, seinen Vorgängern und Gegnern, mitunter in spitzester Art, ihre Unkenntniss der „bekanntesten Quellen" vorzurücken.[1]) Gemeint ist damit in der Regel die Accursische Glosse. Nun kann ich ja für meine Person allerdings nicht leugnen, in dieser wie vielleicht auch in noch bekannteren Quellen manches übersehen zu haben. Aber wer hat sich, namentlich bei Werken von dem Umfange der Glosse, nicht schon ähnlicher Versehen schuldig gemacht? Ich wenigstens kenne Keinen, der sich davon freigehalten hätte. Sollte aber vielleicht Conrat hier eine rühmliche Ausnahme machen und somit das Recht haben, die literarische Armuth der Anderen zu verspotten? Er scheint es zu glauben, und gewiss gebürt ihm die Anerkennung, mit ganz ungewöhnlichem Fleisse bekannte wie unbekannte Quellen durchsucht und insbesondere unsere Kenntniss der Glossatorenliteratur in werthvoller Weise bereichert zu haben. Dennoch fehlt viel, dass ihm aus den „bekanntesten Quellen" auch gar nichts entgangen wäre; denn mir ist schon bei der einfachen Durchlesung seines Buches folgendes aufgestossen. S. XCII erscheint ihm die Beschreibung des testamentum als einer testatio mentis als so eigenthümlich, dass ihm die Uebereinstimmung der Epitome II, 27 und der Turiner Glosse 147 in diesem Punkte die Vermuthung einer Benutzung der letzteren in der ersten nahe legt. Auch in der Ausgabe der Epitome (S. 27) ist als

[1]) Vgl. hiezu auch Conrat, Das Florentiner Rechtsbuch S. XXVIII.

Parallelstelle bloss die genannte Stelle der Turiner Glosse angegeben. Und doch ist, dünkt mich, weder diese wunderliche Etymologie selbst noch auch ihre Quelle allzu unbekannt; denn die letztere ist keine andere als — das pr. Inst. de test. ord. 2, 10! Ferner vermerkt Conrat S. 156 zu App. I § 43 als Parallelstelle für die (doch wohl auch nicht ganz unbekannte) etymologische Herleitung von miles aus malitia u. s. w. bloss das Vocabular des Papias s. v. miles, während auch hier vor allem wieder eine der „bekanntesten Quellen" hätte citirt werden können und sollen, nämlich L. 1 § 1 D. de test. mil. 29, 1, eine Stelle, deren Heranziehung überdies zu einer wesentlichen Verbesserung des Textes hätte dienen können und auch um deswillen interessant gewesen wäre, weil die alten Druckausgaben der Epitome hier, wohl richtig, „malitia" haben, während in den Handschriften der Digesten, und zwar ohne Angabe irgend einer Variante in Mommsen's grosser Ausgabe, „militia" steht. Wem muss bei dem allem nicht unwillkürlich das Gleichniss vom Splitter und Balken einfallen! Und so zeigt sich denn von neuem, wie schwer und geradezu unmöglich es selbst bei alleräusserster Sorgfalt ist, in solchen Dingen jede Unterlassungssünde zu vermeiden, wie sehr hier also eine wechselseitige Nachsicht geboten erscheint. Ueberhaupt, meine ich, sollte wer selbst auf dem schwierigen Felde der mittelalterlichen juristischen Literärgeschichte gearbeitet hat, sich Anderen gegenüber zur Nachsicht und Rücksicht gestimmt fühlen. Denn er muss ja erfahren haben, wie mancherlei weit auseinanderliegende, von einem Einzelnen unmöglich vollkommen zu beherrschende Kenntnisse für solche Arbeiten erforderlich sind, auf wie viele, zum Theil recht kleinliche Umstände es dabei ankommt, wie schwer es fällt, wirklich feste und unangreifbare Anhaltspunkte zu finden, wie oft man sich nothgedrungen auf blosse Vermuthungen, auf mehr oder minder subjective Eindrücke und Erwägungen angewiesen sieht. Wenn irgendwo, so kann daher hier für den Einzelnen wie für die Wissenschaft der Weg zur Wahrheit nur durch mancherlei Irrthum hindurchgehen, die richtige Erkenntniss nur durch ineinandergreifende und sich wechselseitig berichtigende Arbeit Vieler erreicht werden. Da nun zudem die Zahl der Arbeiter auf diesem

Gebiete nur eine sehr geringe ist und nach der Art des Gegenstandes stets eine kleine bleiben wird, schon die blosse Thatsache solcher Arbeit also einen Anspruch auf Dank von Seite Derer begründet, welche sich mit solchen Studien beschäftigen, so spricht gewiss alles dafür, hier allezeit mehr die Verdienste der Mitarbeiter und Vorgänger als ihre Fehler hervorzukehren. Am schlechtesten steht es aber doch wohl Demjenigen an, der, wie Conrat, überall auf Wegen schreitet, welche Andere erst mühsam gebahnt haben, und welchem bei seiner Arbeit die Vorarbeit Anderer fortlaufend ganz unmittelbar zu gute gekommen ist, diese Anderen wegen ihrer wirklichen oder vermeintlichen Irrthümer mit wohlfeilem Spotte zu übergiessen, abzusehen davon, dass es wahrlich leicht genug sein würde, diesen Spott mit reichen Wucherzinsen heimzuzahlen.

Damit verlasse ich dieses unerfreuliche persönliche Gebiet, um mich fortan lediglich auf dem sachlichen zu bewegen. Und zwar will ich mich zuerst und hauptsächlich mit den allgemeineren Erörterungen Conrat's als der wichtigsten Partie seines Buches beschäftigen. Es sei mir gestattet, des besseren Verständnisses halber einen kurzen geschichtlichen Rückblick vorauszuschicken, welcher überhaupt bei dem gegenwärtigen Stande der Dinge wohl am Platze sein möchte.

In Savigny's klassischem Werke, dessen bahnbrechende Bedeutung durch sehr empfindliche Lücken nicht gemindert wird, ist zwar die Geschichte des römischen Rechtes selber in der Zeit von Justinian bis zum Auftreten der Bologneser Schule in glänzender Weise aufgehellt; dagegen ist die Geschichte der Lehre und der schriftstellerischen Bearbeitung des Rechtes in diesem Zeitalter durchaus ungenügend behandelt. Savigny stellt zwar, aber auch erst in der zweiten Ausgabe (I. S. 464 ff.), einige Zeugnisse des Rechtsunterrichtes aus der genannten Zeit für Frankreich, Italien und England zusammen, allein diese Sammlung ist nichts weniger als vollständig und hätte für Frankreich nicht bloss aus der — auffallender Weise von Savigny ausserordentlich wenig benutzten — unvergleichlichen Histoire litéraire de la France (Paris 1733 ss.), sondern schon aus dem, was Savigny selbst in anderem Zusammenhange (II. S. 123 ff.) beibringt, nicht unbeträchtlich vermehrt werden können. Auch wehrt Savigny ausdrücklich

die Annahme ab, als ob aus jenen Zeugnissen auf das Dasein eigentlicher Rechtsschulen geschlossen werden könne; vielmehr seien darin nur Beweise einer „neuen Einrichtung" zu erblicken, wonach in Ermangelung einer wirklichen Rechtsschule „in mehreren grammatischen Schulen dieses Zeitalters das Römische Recht als Stück der alten Literatur unter die Lehrgegenstände aufgenommen worden sei". Nur in Rom sei der Fortbestand der dort zur Zeit Justinian's nachweisbar vorhandenen Rechtsschule wahrscheinlich. Ferner sei nach einer bei Odofredus erhaltenen und durch anderweite Momente unterstützten Sage die Annahme unbedenklich, dass diese Schule später von Rom nach Ravenna, von dort endlich nach Bologna übergegangen sei (I. S. 476 fg.). Inwiefern aber, wie demnach doch anzunehmen war, die Wirksamkeit dieser Schule von derjenigen jener grammatischen Schulen sich unterschieden habe, auf diese naheliegende Frage gibt Savigny nicht einmal eine auf Muthmaassung gegründete Antwort. Er hat überhaupt die Bedeutung aller dieser Schulen offenbar sehr gering angeschlagen. Denn nicht nur geschah nach seiner Darstellung (II. S. 122) „die wahre Mittheilung der Rechtskunde auf praktischem Wege und stand theils mit den Schöffengerichten, theils mit dem Notariat in Verbindung", sondern er meint auch gelegentlich (z. B. II. S. 123 fg.), die bezeugte Rechtskunde einzelner Personen könne ebensogut „von eigenem Studium, ohne alle Schule", als von der erwähnten Verbindung des Rechtsunterrichtes mit den freien Künsten verstanden werden. Deshalb macht er denn auch gar keinen Versuch, die juristischen Schriften, welche er dem vorbolognesischen Zeitalter zutheilt, an die damaligen Schulen anzuknüpfen, und erklärt (III. S. 83) die Kenntniss und Anwendung des römischen Rechtes in diesem Zeitalter ausdrücklich für eine sehr dürftige, so dass auch er in dem neuen frischen Glanze, worin dieses Recht „plötzlich" im 12. Jahrhundert erscheine, eine „Wiederherstellung" oder „Erneuerung" der Rechtswissenschaft erblickt. So kommt er dazu (II. S. 263 fg.), den Brachylogus wegen der Güte dieser Schrift schon für ein Erzeugniss der Bologneser Schule, vielleicht des Irnerius selbst zu halten, „obgleich er auch gar keinen besonderen Grund dafür habe, so dass sie ebensogut auch noch der Schule von Ravenna

angehören könnte". Von Savigny's Standpunkte muss aber die letzte Aeusserung gewiss als recht auffallend erscheinen, und die Exceptiones Legum Romanorum des Petrus vollends, denen doch ein wissenschaftlicher Charakter nicht abgesprochen werden kann und von Savigny (II. S. 143 fg.) ausdrücklich zuerkannt wird, die er aber schon in das dritte Viertel des 11. Jahrhunderts setzt und als deren Heimath er überzeugend Frankreich nachweist, müssen von jenem Standpunkte geradezu als ein unbegreifliches Räthsel erscheinen.

Bei dieser Sachlage blieb, trotz werthvoller Aufklärung vieles einzelnen, der Stand der vorbolognesischen Rechtslehre und Rechtsbearbeitung im ganzen nach wie vor vollkommen dunkel, zumal da auf den literarischen Zuständen dieses Zeitalters überhaupt ein dichter Nebel lag. Der letztere wurde zwar für Italien gelichtet durch die epochemachende Abhandlung von Giesebrecht: De litterarum studiis apud Italos primis medii aevi saeculis (Programm des Berliner Joachimsthalschen Gymnasiums 1845) und durch die Schrift von Ozanam: Des écoles et de l'instruction publique en Italie aux temps barbares (Documents inédits pour servir à l'histoire littéraire de l'Italie depuis le VIIIe siècle jusqu'au XIIIe. Paris 1850), für Frankreich durch das ausgezeichnete Werk des genannten französischen Gelehrten: La civilisation chrétienne chez les Francs (Paris 1849); allein auf die Bearbeitung der Geschichte des Rechtes im Mittelalter erlangten diese Arbeiten zunächst keinerlei Einfluss, ja sie scheinen in den juristischen Kreisen gar nicht bekannt geworden zu sein. Nicht einmal Savigny scheint sie gekannt zu haben, da sie weder im Autoren-Register noch in der Vorrede des 7. Bandes der zweiten Ausgabe (1851) erwähnt sind. Nur insofern machte die juristische Literärgeschichte des genannten Zeitraums einen Fortschritt, als man zufolge der gediegenen Arbeit von Merkel: „Die Geschichte des Langobardenrechts" (Berlin 1850) anerkannte, dass schon vor der Bologneser Schule neben den Rechtsschulen zu Rom und zu Ravenna seit dem 10. Jahrhundert auch zu Pavia eine Schule für langobardisches und römisches Recht bestanden habe.[1])

[1]) So Rudorff, Römische Rechtsgeschichte I. (1857) S. 126 fg. Vgl. Savigny selbst in der genannten Vorrede S. IV. In Böcking's Pandekten I.

So war der Stand der Dinge, als mit einer Abhandlung von Stintzing im 5. Bande der Zeitschrift für Rechtsgeschichte (1866) S. 321 ff. neue Arbeiten über die juristische Literärgeschichte des früheren Mittelalters begannen, welche von einer ganz veränderten Grundanschauung ausgingen. Stintzing, durch sein grosses Werk über die Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland (1867) zu näherer Beschäftigung mit den Exceptiones des Petrus geführt, hatte in einem der Anhänge dieses Rechtsbuches Processformeln aus Justinian's Zeit zu entdecken geglaubt und suchte diese seine Annahme in der gedachten Abhandlung mit grossem Scharfsinn zu begründen.[1] Er sprach dabei zum ersten Mal (S. 322) den Gedanken aus, „dass sich die literarische Epoche, welcher Petrus angehört habe, im Besitze uralter Ueberlieferungen befunden zu haben scheine, deren Spuren uns durch sie und in ihren Schriften erhalten seien“. Diesen Gedanken betonte er wiederholt in seinem genannten Werke (S. 86, 91) und wies zugleich darauf hin (S. 90), dass eine „geschulte und zum Theil für die Schule bestimmte Literatur“, wie der Brachylogus, Petrus, das Tübinger und das Gratzer Rechtsbuch, nothwendig auf „Rechtsschulen im eigentlichen Sinn des Wortes“ zurückgeführt werden müsse, dass man daher „den uns über den Rechtsunterricht im früheren Mittelalter erhaltenen Notizen grösseres Gewicht beilegen und den Schulen ausserhalb Roms und Ravennas in Italien und Frankreich grössere Bedeutung zu-

(2. Aufl. 1853) ist auffallenderweise diese Schule und Merkel's Abhandlung gar nicht erwähnt.

[1]) Diese in meinen Juristischen Schriften des früheren Mittelalters S. 170, 78 ff. nach der Prager Handschrift und der alten Druckausgabe des Petrus neu herausgegebenen Formeln sind neuerdings, und zwar in viel minder verderbter Gestalt, von Conrat auch in einer Pariser Handschrift gefunden und danach S. CXXI fg. seines Buches veröffentlicht worden. Ich halte den von ihm hergestellten Text für richtig; nur wird in Nr. 2 statt des ganz sinnlosen „commati“ „commoti“, in Nr. 7. b statt „item“ „iterum“ zu lesen sein. Damit erledigen sich denn natürlich manche Annahmen, zu denen Stintzing und ich durch die uns allein bekannte Form der Ueberlieferung geführt worden sind. Von meiner Vermuthung, dass die Formeln gegen Ende des 10. Jahrh. in Rom entstanden sein möchten, habe ich aber keinen Grund abzugehen. S. auch unten S. 113 Anm. 1.

gestehen müsse, als Savigny zu thun geneigt sei". Wenn er in demselben Werke (S. 95 ff.) zum neuen Belege seiner Ansichten, wie früher für die Processformeln, so jetzt auch noch für andere Stücke der Anhänge des Petrus den Beweis der Entstehung in der Justinianischen Zeit zu führen suchte, so hat sich dies alles freilich als unhaltbar herausgestellt;[1]) allein die wissenschaftliche Bedeutung der Arbeiten Stintzing's erleidet dadurch keinen Abtrag, denn jene Gedanken haben in lebendiger Weise fortgewirkt und sich stets wachsende Anerkennung erobert, so dass Savigny's Standpunkt schon jetzt wohl von Niemandem mehr unverändert festgehalten wird, der sich irgend näher mit diesen Dingen beschäftigt hat.

Das gilt in der That auch von Conrat, so ausgesprochen er der „neuen Ansicht" den Krieg erklärt, und so sehr er alle Mittel aufbietet, sie selbst aus der letzten Verschanzung zu vertreiben. Denn er gibt von vornherein zu (S. CXVII ff.), dass sich die Begrenzung der Wiedergeburt der Rechtswissenschaft mit dem Anfange des 12. Jahrhunderts nicht aufrecht erhalten lasse, der Beginn der rechtswissenschaftlichen Literatur vielmehr in eine frühere Zeit hinaufgerückt werden müsse, deren feste Abgrenzung er ausdrücklich (S. CXVIII, CXXXIV) ablehnt. Ganz eben so offen lässt er (S. CXVIII fg., CXXXVII) die Frage, ob jene Wiedergeburt gerade das Werk der Schule zu Bologna sei, und will daher anstatt von einer vorbolognesischen und bolognesischen nur noch „von einer früh- und spätmittelalterlichen Periode sprechen, unter der ersteren diejenige Zeit des Mittelalters verstehen, welche nach der nunmehr modificirten Ansicht statt des Jahres 1100 in Betracht kommt, unter der zweiten die darauf folgende Periode des Mittelalters". Er leugnet dabei aber nicht (S. CXIX), dass „durch alle Jahrhunderte des Mittelalters hindurch Spuren sowohl der praktischen Geltung wie der schulmässigen Behandlung des römischen Rechtes zu verfolgen seien", und lässt selbst „die Existenz schriftstellerischer Bearbeitung römischen Rechtes in der frühmittelalterlichen Periode" als feststehend gelten. Noch mehr! Er erkennt (S. CCLXXXI ff.), und zwar

[1]) Vgl. Th. Mommsen und Jaffé in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 6 S. 82 ff., meine Juristischen Schriften des früheren MA. S. 65 ff., 69, 83 ff., Conrat S. CXXVII ff., CCVIII fg., CCX.

schon in den ersten Zeiten der „spätmittelalterlichen“ Periode, neben der Glossatorenschule eine von ihr wesentlich unabhängige französische Schule an, welcher er, und zwar wiederum bereits „im Beginn des späteren Mittelalters“ (S. CCLXXXII), mit viel Phantasie sogar zwei grundverschiedene Richtungen gibt: eine sachlich und sprachlich modernisirende, formal ungelenke südfranzösische, welcher der Petrus nebst seiner Glosse, sowie die verwandten Rechtsbücher und die Expositio terminorum angehören sollen, neben einer sachlich und sprachlich antikisirenden, formal entwickelten nordfranzösischen, woraus der Brachylogus, das (in meinen Jurist. Schriften des früheren MA. S. 134 ff. herausgegebene) Compendium iuris und der Libellus de Verbis legalibus hervorgegangen seien. Endlich nimmt er (S. CLVIII, CCII fg.) eine Benutzung der Fragmente Ulpian's sowie der Turiner Glosse noch im späteren Mittelalter an, gesteht also seinen Gegnern das Vorhandensein von Ueberlieferungen des Justinianischen und vorjustinianischen Zeitalters selbst in der Rechtsliteratur der „spätmittelalterlichen“ Periode zu.

Was bleibt hier, so darf man wohl billig fragen, von der „herrschenden“, d. h. durch Savigny begründeten, Meinung überhaupt noch übrig? Nichts weiter, als dass Conrat (S. CXXXIV ff.) der „frühmittelalterlichen“ Periode den „wissenschaftlichen“ Charakter bestreitet und ferner leugnet, dass die „wissenschaftliche“ Jurisprudenz des „späteren Mittelalters“ mit der antiken Rechtswissenschaft in einem ununterbrochenen Zusammenhange stehe. Wissenschaftlicher Charakter! Das ist aber offenbar ein recht unbestimmter und dehnbarer Begriff, der von dem Einen so, von dem Anderen anders aufgefasst werden kann. Soll im modernen Sinn unter „Unwissenschaftlichkeit“ ein geringes Maass von Wissenschaftlichkeit verstanden werden, so wäre wohl nicht allzu schwer eine Verständigung möglich. Denn auch von Stintzing und mir ist nicht geleugnet worden, dass mit der Glossatorenschule ein neuer Abschnitt der Entwickelung beginnt, dass erst durch sie „das Studium des römischen Rechtes zu einer selbständigen umfassenden Wissenschaft gemacht wurde“.[1]) Wird nun gar der Beginn

[1]) Vgl. z. B. meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 113, Stintzing, Geschichte der populären Literatur S. 91.

dieser neuen und höheren wissenschaftlichen Thätigkeit von der Bologneser Schule losgelöst und in eine frühere Zeit mit völlig unbestimmtem Anfangspunkte hinaufgerückt, so bleibt hier eigentlich gar keine fassbare Verschiedenheit mehr übrig; denn was hindert Conrat's Gegner, die von ihnen für vorbolognesisch angesehenen „wissenschaftlichen“ Schriften, soweit sie sie nicht schon dem Alterthum zuweisen, auch bereits in diese „spätmittelalterliche Periode“ zu versetzen, da ja nach Conrat (S. CXVIII a. E.) „spätmittelalterlich“ hier nichts weiter als ein anderer Ausdruck für „wissenschaftlich“ ist?

Ueberhaupt ist durch Conrat's völlig veränderte Fragestellung der Gegenstand des Streites vollständig verschoben. Stintzing und ich sahen uns dem Savigny'schen Standpunkte gegenüber; es kam uns wesentlich nur darauf an festzustellen, dass schon vor Irnerius ein achtbarer Betrieb der Rechtswissenschaft stattgefunden habe. Dies gibt ja nun aber Conrat unumwunden zu, und so ist denn sein vorgeblicher Streit gegen uns in der Hauptsache ein Kampf gegen Windmühlen. Wenn er, um dieses Verhältniss zu verdecken, dem, was wir im Anschlusse an den allgemeinen Sprachgebrauch unter „vorirnerisch“, „vorbolognesisch“, „vorglossatorisch“, ab und zu wohl auch unter „frühmittelalterlich“ verstanden haben, jetzt seinen besonderen Begriff des „frühmittelalterlichen“ unterschiebt und uns von diesem Standpunkte aus bekämpft, so ist dieses einfach eine Fälschung unserer Behauptungen.

Indessen möchte ich das gesagte nicht so verstanden wissen, als ob ich zwischen Conrat und mir eine jede wahre Meinungsverschiedenheit zu leugnen gedächte. Denn der wesentliche Unterschied bleibt immer noch, dass ich mit Stintzing annehme, während der ganzen Zeit vom Ausgange des Alterthums bis zu dem späteren neuen Aufschwunge hätten sich, hauptsächlich durch die Schulen vermittelt, antike Ueberlieferungen erhalten, und dieser Aufschwung sei daher kein geschichtlich unvermittelter, während nach Conrat's Ansicht solche Ueberlieferungen nicht bestanden haben, vielmehr zu irgend einer Zeit des Mittelalters bloss an der Hand der damals zu Gebote stehenden Quellen die Rechtswissenschaft neu und plötzlich wieder entstanden ist. Dass sich diese Ansicht gegen jene für den unbefangenen Blick nicht gerade durch

Natürlichkeit empfiehlt, zumal da auf Conrat's Standpunkt alle Momente wegfallen, durch welche man sich bisher die Erneuerung der Rechtswissenschaft in Bologna und durch Irnerius zu erklären versucht hat, bedarf kaum besonderer Bemerkung. Allein solche „geschichtsphilosophische" Erwägungen sind nach Conrat (S. CXXXVI) unzulässig; er lässt nur eine ganz positive Beweisführung gelten. Da wäre es denn aber freilich recht sehr erwünscht gewesen, wenn er den Zeitpunkt, mit welchem nach seiner Meinung die „spätmittelalterliche Periode" beginnt, wenigstens annähernd bezeichnet hätte. Denn bei der völligen Unbestimmtheit, welche er bei der Formulirung seiner Ansichten hierüber lässt, ist er schwer zu widerlegen, da er jeder Verweisung auf eine Schrift, welche nach äusseren Gründen schon einer frühen Zeit angehört, die Erwiederung entgegenhalten kann, dass er diese bereits zu seinem „späteren Mittelalter" rechne. Auch die gelegentlichen Aeusserungen, welche er im Verlaufe seiner Erörterungen macht, geben keinen sicheren Halt. Denn während er auf der einen Seite (S. CXXXVIII, CXCVI) die Expositio zum Liber Papiensis, welche von Boretius, Bethmann-Hollweg und Ficker um 1070 angesetzt wird, für welche aber Conrat (S. CXVII) „eine spätere Abfassung bis in den Beginn des 12. Jahrhunderts" anzunehmen geneigter scheint, „in die Anfänge der spätmittelalterlichen Periode" und (S. CXXXIII) die beiden von Klenze bekannt gemachten fingirten Constitutionen Justinian's, welche Conrat dem letzten Drittel des 11. Jahrhunderts zutheilt, „in den allerersten Beginn der spätmittelalterlichen Periode" setzt, lässt er bei einer anderen Gelegenheit (S. CXXXVII) den Irnerius „der Zeit nach schon in der Mitte dieser Periode" stehen, welche er S. CXIX bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts dauern lässt, so dass die Anfänge in die Mitte des 10. Jahrhunderts hinaufzurücken wären. U. dgl. m. Mit solchen schwankenden Grössen ist denn freilich für einen Anderen schwer zu rechnen. Am ehesten noch, dünkt mich, wird Conrat den folgenden Versuch einer genaueren Bestimmung seines Standpunktes anerkennen. Er glaubt nämlich (S. CCL fg.) mit genügender Wahrscheinlichkeit annehmen zu können, dass die Pandekten im Jahre 1063 noch nicht, im Jahre 1076 dagegen bereits bekannt gewesen

seien. „Die Zugänglichmachung dieser neuen Quellen falle aber mit dem Beginne des späteren Mittelalters zusammen“, da eine „wissenschaftliche“ Bearbeitung des Rechtes ohne die Kenntniss der Pandekten unmöglich gewesen sei.

Ich will die Triftigkeit dieser nach meinem Erachten in jeder Hinsicht höchst anfechtbaren Beweisführung hier dahingestellt sein lassen und nicht einmal darauf hindeuten, dass wir Conrat selbst (S. XLVI ff.) den Nachweis des wörtlichen Vorkommens zweier Digestenstellen unter den Glossen einer Bamberger Institutionenhandschrift des 9. oder 10. Jahrhunderts verdanken; sondern ich begnüge mich an diesem Orte, festzustellen, dass man Conrat wohl nicht Unrecht thut, wenn man in seinem Sinn als den Beginn der „spätmittelalterlichen, wissenschaftlichen Periode“ etwa den Anfang des letzten Drittels des 11. Jahrhunderts betrachtet. Freilich eine eigenthümliche Art geschichtlicher Untersuchung und Darstellung, wobei man gerade im entscheidenden Punkte die Ansicht des Verfassers erst künstlich im Wege der Conjectur ermitteln muss und nicht einmal mit einiger Sicherheit ermitteln kann!

Wenn dieses nun aber die Meinung Conrat's ist, so hätte er sich und seinen Lesern einen beträchtlichen Theil seiner mühsamen und wegen des Mangels jeder systematischen Anordnung (S. CL) und der dadurch bedingten zahlreichen Wiederholungen höchst ermüdenden Ausführungen ersparen können; denn ich habe, die oben erwähnten Processformeln ausgenommen, nach der Berichtigung meiner ursprünglichen Ansicht von dem Alter des Brachylogus kaum von irgend einer der von mir herausgegebenen oder sonst näher besprochenen juristischen Schriften, welche ich der Zeit vor Irnerius zuwies, behauptet oder doch mit Bestimmtheit behauptet, dass sie in der Gestalt, in welcher wir sie besitzen, über das letzte Drittel des 11. Jahrhunderts zurückreiche. Etwas ganz anderes ist die Frage, ob diesen Schriften nicht ältere Quellen zu Grunde liegen, und ob sich darin nicht ein geschichtlicher Zusammenhang mit der Jurisprudenz der Justinianischen und vorjustinianischen Zeit erkennen lässt. Diese Frage ist aber von Conrat sehr wenig befriedigend behandelt; denn der Schluss, mit welchem er sich durchweg begnügt, dass etwas, was sich in nachweisbar „spätmittelalterlichen“ Schriften, insbesondere

in denjenigen der Glossatoren, namentlich in der Glosse des Accursius findet, auch im „späteren Mittelalter“ entstanden sein müsse, und dass daher auffallende Beziehungen zwischen diesen Schriften und der Literatur der Justinianischen und vorjustinianischen Zeit nur entweder auf zufälliges Zusammentreffen oder auf die Benutzung erhaltener Stücke gedachter Literatur zurückführbar seien, — dieser Schluss ist doch gewiss nichts weniger als zwingend, zumal dann, wenn man die Erscheinungen solcher Art nicht in der Vereinzelung ins Gesicht fasst, in welcher sie Conrat vorführt, sondern in ihrem vollen Gesammteindruck auf sich wirken lässt. Es würde nicht eben schwer sein, dies bei näherem Eingehen auf Conrat's Ausführungen an einer ganzen Reihe von Fällen zu zeigen. Ich ziehe es aber, schon um das Anschwellen dieser Besprechung zu einem Buche zu verhüten, vor, einen anderen Weg einzuschlagen, welcher zugleich gestatten wird, manches zu berühren, was hier nach meinem Dafürhalten sehr wesentlich in Betracht kommt, von Conrat bei aller sonstigen Ausführlichkeit aber auffallenderweise ganz übergangen ist. Ich will nämlich die verschiedenen Fragen, worauf es bei der Untersuchung der juristischen Literärgeschichte des früheren Mittelalters ankommt, trennen und für jede die dem gegenwärtigen Stande der Forschung entsprechende Antwort versuchen. Dadurch wird es nicht allein möglich sein, einigermaassen das Facit der verschiedenen bisherigen Arbeiten zu ziehen, sondern es wird sich auch Gelegenheit ergeben, mich wenigstens mit einzelnen Erörterungen Conrat's auseinanderzusetzen sowie durch Verwerthung einiger eigener neuer Beobachtungen der weiteren Forschung hie und da eine Anregung zu geben.

Ich will ausgehen von der Frage:

I. Waren die Quellen des römischen Rechtes zu irgend einer Zeit des Mittelalters unbekannt?

Diese Frage lässt sich schon mit Hinweisung auf die beiden ausführlichen Quellenverzeichnisse bei Savigny II. S. 477 ff. einfach verneinen ohne Rücksicht auf das beträchtliche Beweismaterial, welches seitdem durch neue Entdeckungen hinzugekommen ist. Ein weiteres Verweilen bei derselben ist

auch deshalb nicht nöthig, weil die Bekanntheit der Quellen zu allen Zeiten des Mittelalters gegenwärtig von Niemandem bestritten wird.[1])

Nur bezüglich der Pandekten macht die Beantwortung Schwierigkeit, und sicher ist jedenfalls so viel, dass sie bis gegen Ende des 11. Jahrhunderts nur wenig benutzt waren. Waren sie aber bis dahin auch gar nicht bekannt? Conrat (S. CCL) glaubt, wie schon gesagt, dass sie im Jahr 1063 noch nicht (vorher sagt er freilich: „noch nicht allgemeiner“) bekannt gewesen seien, weil der Grammatiker Papias in seinem um 1063 verfassten Vocabular noch keine Kenntniss derselben zeige. Dagegen seien sie im Jahr 1076 bekannt gewesen, weil eine Urkunde vom März dieses Jahres (bei Ficker, Urkk. zur Reichs- u. Rechtsgesch. Italiens Nr. 73) eine correcte Berufung auf eine Stelle der Pandekten enthalte. Jener erste Schluss ist aber doch gewiss an sich schon wenig beweisend, und wird schon dadurch widerlegt, dass die bald nach 1070 verfasste[2]) Expositio zum Liber Papiensis nicht nur die Pandekten mehrfach, wenn auch vergleichsweise spärlich, benutzt, sondern ihnen auch (ad Karol. M. 101) eine nicht in ihnen

---

[1]) Doch nein, in einem erst 1876 erschienenen Buche, welches mit der Prätension auftritt, die wahre Geschichte der Rechtswissenschaft klarzustellen, nämlich in dem Buche von Lorenz v. Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, ist S. 52 wörtlich folgendes zu lesen: „Dieses Corpus juris ist vollkommen spurlos an seiner ganzen Zeit vorübergegangen; nicht eine einzige Erwähnung desselben — wenigstens kenne ich keine — geschieht in der Geschichte der Jahrhunderte, nicht einmal seine Existenz war bekannt, so weit es noch Spuren römischer Cultur gab, und nicht einmal die römischen Rechtsbücher (welche?) ahnen etwas von demselben“. Nach S. 65 findet dann „der Werner, der Deutsche in Italien“, das Corpus juris, die Italiener bemächtigen sich desselben, und daher kommt nun das ganze Unheil, welches durch dieses verhängnissvolle Buch und durch die beschränkten Pandektisten im Rechtszustande Deutschlands entstanden ist. Ein wahrhaft niederschlagender Beweis, wie schwer es mitunter selbst den einfachsten und festesten Wahrheiten fällt, sogar wenn sie von der unvergleichlichen Darstellungskunst eines Savigny getragen werden, zu allgemeiner Anerkennung durchzudringen. — [2]) Vgl. Boretius in praef. ad Lib. Papiensem § 68 (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. LXXXVII), Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens III. S. 64.

enthaltene Definition von damnum zuschreibt.[1]) Beides ist doch kaum denkbar, wenn man davon ausgeht, dass die Pandekten gerade eben erst bekannt geworden seien. Insbesondere wird jener Irrthum nur unter der doppelten Voraussetzung begreiflich, dass sie zwar schon lange bekannt aber wenig gekannt waren; denn dann war es natürlich, eine altherkömmliche Definition, welche man in den anderen, besser gekannten Theilen des Corpus iuris nicht finden konnte, dem grossen undurchforschten Schatze der Pandekten zuzuschreiben. Aber auch noch aus anderen, völlig unverwerflichen Gründen muss die Kenntniss und sogar eine gewisse Bearbeitung der Pandekten mindestens viel weiter hinaufgerückt werden.

Nach Mommsen's meisterhafter Beweisführung in der Vorrede zu seiner grossen Digestenausgabe (p. LXIIII sqq.) beruhen nämlich sämmtliche aus dem Ende des 11. Jahrhunderts oder aus dem 12. Jahrhundert auf uns gekommene Pandektenhandschriften (s. ebend. p. XXXXVIII sq.) zwar auf der Florentiner Handschrift, aber nicht unmittelbar, sondern zunächst durch Vermittelung zweier älterer Abschriften, wovon die eine den von Mommsen mit P, V und U bezeichneten Handschriften der Pariser, Vaticanischen und Paduaner Bibliotheken, die andere der mit L bezeichneten Leipziger Handschrift zu Grunde lag. Die erste war in der langobardischen Schrift des 10. oder 11. Jahrhunderts geschrieben, darf also doch wohl mindestens schon in eine frühere Zeit des 11. Jahrhunderts gesetzt werden. Aber auch diese Abschriften waren noch nicht unmittelbar der Florentiner Handschrift entnommen, sondern gehen wiederum auf eine gemeinsame Urabschrift zurück, von Mommsen mit S (= Secundus) bezeichnet. Da man, im Hinblicke auf die, wie gesagt, noch in der bald nach 1070 verfassten Expositio zum Liber Papiensis recht spärliche, vorher, wie sich zeigen wird, mit Bestimmtheit überhaupt beinahe gar nicht nachweisbare Benutzung der Pandekten, für die frühere Zeit doch sicherlich keine sehr häufige Anfertigung von Pandektenhandschriften annehmen darf, so ist man wohl berechtigt, diesen S mindestens bereits dem 10. Jahrhundert zuzutheilen. Will man

---

[1]) S. Boretius l. c. § 70 (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. LXXXIX und not. 52 ibid.). Vgl. meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 36 fg.

annehmen, was Mommsen p. LXIII wahrscheinlich macht, dass auch die Berliner Handschrift des 9. Jahrhunderts auf ihm beruhe, so kommt man sogar in das 9. Jahrhundert. Nun ist aber dieser S, und zwar nach der Anfertigung der Berliner Handschrift aber vor derjenigen der erwähnten beiden anderen Abschriften, nicht bloss mit Hülfe einer anderen, von der Florentiner unabhängigen Handschrift corrigirt, sondern auch mit Glossen und scholastischer Interpolation versehen worden.[1]) Das alles beweist doch nicht allein, dass die Pandekten schon im 9. und 10. Jahrhundert bekannt waren, sondern auch, zumal da doch Abschriften der Digesten wie anderer Rechtsbücher gewiss nicht des bloss literarischen Interesses halber gemacht wurden, dass sie damals sogar einigermaassen benutzt und bearbeitet worden sind. Und diese künstliche, aber nach meinem Erachten deswegen um nichts minder überzeugende Beweisführung wird jetzt in höchst interessanter Weise unmittelbar bestätigt durch das von Conrat (S. XLVI) nachgewiesene wörtliche Auftreten zweier Digestenstellen (L. 2 § 4, § 5 D. de religios. 11, 7) in der Reihe der Glossen einer Bamberger Institutionenhandschrift des 9. oder 10. Jahrhunderts. Conrat selbst freilich (S. CCLIII fg.) glaubt nicht, dass sich aus dieser Erscheinung auf unmittelbare Benutzung der Pandekten schliessen lasse, sucht vielmehr die Annahme wahrscheinlich zu machen, dass diese Stellen aus einer anderen Glosse zu den Institutionen, etwa einer alten aus Justinian's Zeit stammenden von der Art der Turiner Institutionenglosse, entnommen sein möchten. Indessen die nächstliegende und natürlichste Erklärung wird doch immer die sein, dass ein Werk, aus welchem sich zu einer gewissen Zeit wörtliche Citate finden, dieser Zeit auch bekannt war,

---

[1]) S. Mommsen p. LXVIII. Mommsen schreibt diese Interpolation dem 10. oder eher dem 11. Jahrhundert und der Zeit des Irnerius zu, und ist nicht abgeneigt, auch jene Correctur als ein Werk des Irnerius zu betrachten. Diese Anknüpfung an den Irnerius hängt aber gewiss bloss damit zusammen, dass man zur Zeit der Abfassung der Vorrede Mommsen's noch allgemein den Irnerius als den Erneuerer der Bearbeitung des römischen Rechtes betrachtete. Sachliche Erwägungen scheinen schon Mommsen unwillkürlich zur Annahme eines früheren Zeitalters gedrängt zu haben, denn p. LXXI und LXXII spricht er bloss von dem 10. Jahrhundert.

zumal dann, wenn eine solche Erklärung nur bestätigt, was schon aus anderen Erwägungen anzunehmen ist. So glaube ich, Conrat hat sich hier im Eifer der Verfechtung seiner These ein schönes Resultat entgehen lassen, und zwar um den Preis, seinen Gegnern nach einer anderen Seite Waffen in die Hand zu geben; denn angenommen, der Verfasser der Glosse hätte eine Institutionenglosse der Justinianischen Zeit benutzt, so wäre ja die Fortdauer von Ueberlieferungen des Justinianischen Zeitalters im 9. oder 10. Jahrhundert bewiesen.[1])

Nimmt man noch hinzu, dass in einem Briefe Gregor's d. Gr. vom Jahre 603 unter anderen auf die Digesten als maassgebende Quelle hingewiesen wird,[2]) dass eine Stelle in einer Schrift des Agobardus († 840) auf Benutzung derselben hinzudeuten scheint,[3]) und dass eine der alten, aus der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts herrührenden Glossen des Liber Papiensis mit ziemlicher Sicherheit auf ihre Benutzung hindeutet,[4]) so wird man schliessen dürfen, dass die Pandekten, ebenso wie die übrigen Stücke der Justinianischen Gesetzgebung, zu keiner Zeit des Mittelalters völlig unbekannt waren. Ihre sehr geringe Benutzung in den ersten Jahr-

[1]) Unter solchen Umständen kann denn auch die Beobachtung, dass eine Processformel nach Maassgabe einer Pandektenstelle abgefasst ist, kein Bedenken erregen, die Formel in das Ende des 10. Jahrhunderts zu versetzen, wenn andere Gründe auf dieses Zeitalter deuten. S. oben S. 103 Anm. 1 und vgl. meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 85 fg. — [2]) S. die Stelle in Mommsen's grosser Pandektenausgabe II. p. 803 not. 25. Vgl. Savigny, Röm. Rechtsgeschichte II. S. 276. — [3]) Vgl. Savigny II. S. 279 not. e. Diese wie die folgenden Stellen treten durch die erwähnte Entdeckung Conrat's in ein ganz anderes Licht. — [4]) S. die Glosse zu c. 9 der Add. I. ad Lib. Pap. (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. 587) vbd. Boretius in praef. ad Lib. Pap. § 55 (ibid. p. LXXVIII col. II. v. 7 sqq.). Boretius (ibid. § 58 in f. — p. LXXXII) setzt diese alten Glossen sowie die alten Processformeln des Liber Papiensis in die Zeit zwischen 1019 und 1037, Ficker dagegen (Forschungen III. S. 61 fg.) setzt sie erst in die Zeit kurz vor 1054. — Auch die am Anfange des 11. Jahrhunderts vor 1019 entstandenen langobardischen Quaestiones ac monita scheinen in §§ 9 (24), 18, 25 eine Kenntniss der Pandekten zu verrathen. Vgl. Savigny II. S. 244 ff., besonders not. g, i, k und die Noten 43, 53 zu den Quaestiones ac monita in der Ausgabe von Boretius (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. 590 sqq.).

hunderten desselben erklärt sich leicht genug aus der viel grösseren Schwierigkeit ihrer Handhabung sowie daraus, dass für rein praktische Zwecke die übrigen Stücke des Corpus iuris als ausreichend gelten konnten.

Ich wende mich zu der zweiten Frage:

II. Gab es in der Zeit zwischen Justinian und der Bologneser Schule einen schulmässigen Rechtsunterricht?

Auch diese Frage wird gegenwärtig kaum von Jemandem verneint. Immerhin mag auch darüber einiges bemerkt sein, zumal da hier die von Savigny gesammelten Zeugnisse bei weitem nicht vollständig sind.

Die Beschaffenheit des römischen Rechtes und seiner Quellen bringt es mit sich, dass eine irgend nähere, zur praktischen Anwendung befähigende Kenntniss desselben noch gegenwärtig trotz einer Fülle der trefflichsten Lehrbücher und sonstigen literarischen Hülfsmittel kaum anders als durch mündlichen Unterricht zu erlangen ist. Um wie viel mehr musste dies der Fall sein zu einer Zeit, welcher, wie den ersten Jahrhunderten des Mittelalters, überhaupt nur verhältnissmässig wenige solcher Hülfsmittel zu Gebote standen, und in welcher selbst die Beschaffung der vorhandenen mit grossen Schwierigkeiten und Kosten verbunden war! Gerade in einer solchen Zeit hätte, wären keine Schulen vorhanden gewesen, das praktische Bedürfniss sie nothwendig schaffen müssen. Namentlich die Kirche musste dafür sorgen, dass der höhere Unterricht und insbesondere auch der Rechtsunterricht niemals gänzlich erlosch.

Nun steht zunächst fest, dass nach der Eroberung Italiens durch Justinian an der Hochschule zu Rom, dem Hauptsitze des Rechtsstudiums auch am Ende des Alterthums, noch Rechtslehrer waren, welchen Justinian ihre Besoldungen ausdrücklich bestätigt.[1]) Und nach einem bekannten Berichte des Odofredus, dessen Wahrheit wir in der Hauptsache anzuzweifeln keinen Grund haben, hat diese Rechtsschule fort-

---

[1]) Iustiniani Sanctio pragm. c. 22 (a. 554). Vgl. meine Schrift über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus (1880) S. 23.

bestanden, bis sie „propter bella quae fuerunt in Marchia", d. h. ohne Zweifel zufolge der Kämpfe um und in Rom nach der Mitte des 11. Jahrhunderts, unterging. Nunmehr, sagt Odofred, sei als Hauptsitz der Rechtslehre an die Stelle Rom's zuerst Ravenna, später Bologna getreten.[1])

Geht schon daraus die ununterbrochene Fortdauer schulmässigen Rechtsunterrichtes während des ganzen früheren Mittelalters hervor, so wissen wir ferner, dass am Ausgange des Alterthums ein solcher Unterricht nicht bloss zu Rom, sondern auch an anderen Orten, insbesondere in Ravenna und Narbonne, bestand,[2]) und es lässt sich sogar mit Fug nicht

[1]) S. die Stellen des Odofred bei Savigny III. S. 426 ff., IV. S. 5 not. a, besonders III. S. 428 IV. Dieser Bericht ist besonders um deswillen glaubhaft, weil er durch eine Reihe von Umständen unterstützt wird. So begreift man den Untergang der Schule zu Rom „propter bella quae fuerunt in Marchia" sehr leicht, wenn man z. B. nur an die Schicksale Rom's in den Jahren 1063 und 1064 oder an die Verwüstung Rom's durch die Normannen im Mai 1084 denkt. Ueberdies wissen wir, dass zur Zeit Gregor's VII. die Studien zu Rom in Verfall gerathen waren, weil sich keine Lehrer dort niederlassen wollten, aus einer Aeusserung des Cardinals Atto (s. Giesebrecht, De litterarum studiis p. 17 not. 4). Ferner ist bekannt, dass zu Ravenna schon um die Mitte des Jahrhunderts wirklich eine angesehene Rechtsschule war. Vgl. Savigny IV. S. 1 ff. Ficker, Forschungen III. S. 110 ff. Endlich erklärt sich nun leicht, dass nach einer Nachricht in der Ursperger Chronik (s. Savigny IV. S. 10 fg.; vgl. Ficker S. 134) die Markgräfin Mathilde es war, welche den Irnerius zum Betriebe des römischen Rechtes veranlasste; denn die treue Anhängerin Gregor's VII. konnte doch unmöglich wünschen, dass ihre Unterthanen genöthigt seien, dieses Recht, dessen Kenntniss sie aus praktischen Rücksichten bedurften, in dem schismatischen Ravenna, dem Sitze des Gegenpapstes, zu studiren. Vgl. meine Abhandlung in Grünhut's Zeitschrift II. S. 785 fg. Zu dem allem kommt noch, dass, wie sich zeigen wird, kenntliche Spuren der Fortdauer und sogar eines grossen Ansehens der Schulen zu Rom bis in das 10. Jahrhundert nachweisbar sind, und dass zur Zeit Alexander's II. (1061—1073) zu Rom und am päpstlichen Hofe sogar eine Probe sehr achtbarer juristischer Kunst begegnet. S. unten S. 119 und 160. Conrat meint freilich S. CCLXXIII fg., der Bericht des Odofredus, welchem Conrat übrigens eine ganz eigenthümliche Auslegung gibt, mache den Eindruck des unglaubwürdigen und erfundenen, und das richtige Verhalten zu demselben sei dies, ihn einfach zu ignoriren. — [2]) Venant. Fortunatus de vita S. Martini I. vers. 29 sqq., Sidon. Apollinaris in elog. Narbonis (carm. XXIII.) vers. 446 sqq.

bezweifeln, dass an allen Schulen der liberales artes, und zwar in nächster Verbindung mit der Rhetorik, mindestens auch die Anfangsgründe der Rechtswissenschaft gelehrt wurden,[1]) zumal da sich diese Einrichtung durch das ganze frühere Mittelalter allenthalben verfolgen lässt.

Zuvörderst liefert Frankreich für jedes Jahrhundert des früheren Mittelalters bestimmte Zeugnisse derselben.[2]) Wichtig ist darunter ganz besonders das Gedicht Theodulf's, Bischofs zu Orléans seit c. 794, gest. 821: De septem Liberalibus in quadam pictura depictis, weil es deutlich zeigt, dass damals ein gewisser Rechtsunterricht wesentlich mit zur Unterweisung in der Rhetorik gerechnet wurde.[3])

Der gleichen Einrichtung begegnet man im 7. und 8. Jahrhundert in England,[4]) und aus den Schriften Isidor's von Sevilla steht ohne weiteres zu folgern, dass sie auch in Spanien bestand.[5])

Wenn nun seit dem 10. Jahrhundert diese Verbindung des Rechtsunterrichtes mit den freien Künsten, insbesondere mit der Rhetorik, auch in Italien als etwas ganz allgemeines und altherkömmliches auftritt,[6]) so lässt sich, zumal bei der

---

[1]) S. ausser der angeführten Stelle des Fortunatus besonders Cassiodor. Var. IX, 21. Vgl. meine Schrift über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus S. 23. S. auch Bernays, Ueber die Chronik des Sulpicius Severus (Berlin 1861) S. 2 fg., 40 a. E. — [2]) Zusammengestellt bei Ozanam, La civil. chrét. p. 481 s. und vollständiger in meiner genannten Schrift S. 25 ff. — [3]) S. meine genannte Schrift S. 29 Anm. 53. Die Verbindung der Rhetorik mit dem Rechte erhellt sehr klar auch aus Alcuin's Disputatio de rhetorica (Patrologiae ed. Migne t. CI. col. 919 sqq.). — [4]) S. Ozanam, La civil. chrét. p. 585, 610, Savigny I. S. 467 fg. — [5]) Vgl. Ozanam, La civil. chrét. p. 475 ss. — [6]) Es kommt hier in Betracht: 1) der Tetralogus des Wipo (a. 1041) v. 190 sqq. (Mon. Germ. hist. SS. XI p. 251; auch bei Savigny I. S. 466 und in meiner Rede: Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des MA. 1875. S. 23 Anm. 9), wo es als eine in Italien ganz allgemein und von jeher bestehende Sitte aller Wohlhabenden hingestellt wird, den Kindern höheren Unterricht und dabei namentlich Unterweisung im Recht ertheilen zu lassen. Diese Sitte wird bestätigt durch eine Stelle des Ratherius aus dem 10. Jahrhundert. S. Giesebrecht, De Litterarum studiis p. 18 sq. Ferner steht damit völlig in Einklang 2) die Nachricht in der Vita Lanfranci cap. 5, wonach dieser (geb. 1005 zu Pavia) von Jugend auf in den Schulen der freien Künste und des weltlichen Rechtes unterrichtet wurde „ad suae morem patriae". Uebrigens

feststehenden Gleichförmigkeit des Lehrganges in allen sonstigen Beziehungen, mit voller Sicherheit annehmen, dass sie

---

beweist die sophistische Dialektik, mit welcher Lanfrancus nach der Expos. ad Lib. Pap. Grimoald. 8 (Mon. Germ. hist. LL. IV p. 402 sq.) die Schüler des Bonifilius verblüfft, dass er wirklich durch eine Schule für Dialektik und Rhetorik hindurchgegangen war. 3) Der „Rednerkampf" Anselm's des Peripatetikers (verfasst zwischen 1047—1056) zeigt ebenfalls, dass am Anfange des 11. Jahrhunderts auf den Schulen der freien Künste in Verbindung mit der Rhetorik auch das Recht gelehrt wurde, und preist den Sichelm zu Reggio, den Meister der freien Künste („liberalium artium peritissimus"), den Lehrer des Anselm und Schüler des Philosophen Drogo zu Parma, eben so sehr als Juristen wie als Rhetoriker. Vgl. meine Rede S. 22 Anm. 8. 4) Petrus Damiani, geb. Ende 1006 oder Anfang 1007, studirte um 1034 in Parma die liberales artes. Dass er dabei auch Rechtsunterricht empfing, zeigt seine Rechtskunde und sein Streit mit den Juristen zu Ravenna (s. unten S. 160 Anm. 2). Er erzählt aber ferner in Opusc. XLII. c. 2 von einem Bekannten, welchen er vor seinem (um 1036 erfolgten) Eintritte in das Kloster gehabt habe, mit folgenden Worten: „Alius etiam aeque notus mihi atque civis in Ravennati urbe pollebat et legis peritia strenuus et grammaticorum regulis competenter instructus", — ein Beweis, dass schon vor 1036 auch in Ravenna die Unterweisung im Rechte mit derjenigen in den freien Künsten verbunden war. Vgl. Kleinermanns, Der heil. Petrus Damiani (Steyl 1882) S. 19, 22. 5) Eine Ode des Alphanus, Erzbischofs zu Salerno seit 1058, an den dortigen Causidicus Romuald lehrt, dass um die Mitte des Jahrhunderts auch in Salerno das Recht in Verbindung mit der Rhetorik eifrig betrieben wurde und die Rechtskenntniss Ehre und Geld einbrachte. S. Ozanam, Documents inédits p. 61, 259. 6) Endlich wird die damalige enge Verbindung der Rechtskunde und der Rhetorik dadurch bewiesen, dass Sigefredus, ein der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts angehöriger Jurist der Schule zu Pavia (s. Boretius in praef. ad Lib. Papiens. § 84), sich in § 14 der Expos. ad Ottonis I. c. 3 zur Lösung einer Rechtsfrage auf die Rhetorik beruft, und dass der bekannte langobardische Jurist Walcausa in den der glossirten Sammlung der langobardischen Gesetze vorausgehenden Hexametern als „rethor meritus" bezeichnet wird. Vgl. Boretius l. c. § 59. Uebrigens war ja auch Irnerius ursprünglich Lehrer der freien Künste. — Man sieht beiläufig, dass schulmässiger Rechtsunterricht schon in der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts mit Bestimmtheit nicht allein in Pavia sondern auch in Reggio und mit ausreichender Wahrscheinlichkeit ferner in Ravenna, Parma und Salerno nachweisbar ist. Die unten S. 135 Anm. 3 zu lesende wichtige Notiz beweist aber, dass es 1065 in fast allen Theilen Italiens, insbesondere in Pisa, Schulen gab, wo man das Recht erlernen konnte. Uebrigens wurde auch in Bologna schon

auch dort von jeher und zu allen Zeiten bestanden habe, und es muss daher als Zufall betrachtet werden, wenn dafür aus den früheren Jahrhunderten nur wenige bestimmte Zeugnisse aufzutreiben sind.[1]) Die Frage ist sonach bloss noch die, ob

---

um 1070 das Recht gelehrt von Pepo, welcher im Jahre 1076 (s. Ficker, Urkunden zur Reichs- und Rechtsgesch. Italiens S. 99 fg.) als Beisitzer eines tuscischen Gerichtes erscheint. Vgl. Savigny III. S. 427, 429 IV. S. 6 fg. Die Vermuthung Ficker's (Forschungen III. S. 54 ff., 130, 137 fg.), dass um die Mitte des 11. Jahrhunderts auch zu Verona und Nonantula Rechtsunterricht ertheilt worden sei, kann daher keinem besonderen Bedenken unterliegen, wenngleich die dafür beigebrachten Gründe für sich allein selbst zu einem blossen Wahrscheinlichkeitsschlusse kaum ausreichen möchten. — Höchst interessant ist ein zuerst von Gfrörer, Gregorius VII. I. (1859) S. 666 fg. beachtetes Zeugniss, wonach es um die Zeit Otto's des Gr. auch in Deutschland, mindestens in Süddeutschland, üblich war, die jungen Leute aus dem Adelsstande im Rechte unterweisen zu lassen. Nach dem Chronicon Eberspergense saec. XI. (Mon. Germ. hist. SS. XX p. 14) klagte nämlich der alte Graf Udalrich von Ebersperg (in Oberbayern), um 950 geboren, gegen das Ende seines Lebens († 12. März 1029) im Kreise seiner Freunde über die argen Zeitverhältnisse. Es habe ihn einst schwer bekümmert, dass der Mannesstamm seines Hauses aussterbe; jetzt aber sei er Gott dafür dankbar im Hinblick auf die rechtlosen Gewaltthaten, welche sich der Adel erlaube. Denn die Zustände hätten sich in trauriger Weise verändert. „Cum Romani terrarum orbi imperarent, ita moderamine legum scripto regebatur, ut nulli impune cederet factum quod lex vetuerat. Postquam vero Germanum regnum a Romanis recesserat, Sigipertus et Theodericus ac deinde Carolus iura dictabant, quae si quis potens ac nobilis legere nesciret, ignominiosus videbatur, sicut in me coëvisque meis, qui iura didicimus, apparet. Moderni vero filios suos neglegunt iura docere, qui quandoque pro suo libitu et possibilitate mendoso iure quosque iuvant aut deprimunt et per exlegem temeritatem." Diese Aeusserung bestätigt zugleich in merkwürdiger Weise die auf Deutschland bezüglichen Aeusserungen im Tetralogus des Wipo. Vgl. auch die sog. Kaiserchronik (nach Wattenbach, Geschichtsquellen 4. Aufl. II. S. 198 bald nach 1146 geschrieben) Ausg. v. Massmann II. Theil S. 396 (s. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 297).

[1]) Doch fehlt es an solchen Zeugnissen auch nicht ganz. Denn erstens weisen die Schicksale des Julianischen Novellenauszuges sowie die alten Scholien, Paratitla, Summarien und Glossen zu demselben, ferner das Dictatum de Consiliariis und die sog. Collectio de Tutoribus kenntlich genug auf schulmässigen Rechtsunterricht nicht allein im Zeitalter Justinian's und dem unmittelbar folgenden, sondern auch noch in späteren Zeiten, aber vor dem 10. Jahrhundert, hin. Vgl. Haenel, Iul. Epit. p. XL sq., XLVII, XLIX, LI und unten S. 122 f. Zweitens wird

denn die freien Künste in Italien während des ganzen Zeitraums vom Ausgange des Alterthums bis zum 10. Jahrhundert gelehrt worden seien. Diese Frage kann aber auf Grund der Forschungen von Giesebrecht und Ozanam mit aller Bestimmtheit bejaht werden. Da diese grundlegenden Arbeiten bis jetzt an den juristischen Kreisen ziemlich spurlos vorübergegangen zu sein scheinen, so will ich ihre Ergebnisse, soweit ich sie für gesichert halte, in kurzer Uebersicht darstellen.

Zuvörderst besteht von vornherein kein Grund, in demjenigen Theil Italiens, welcher nicht von den Langobarden erobert wurde, einen Untergang der Schulen anzunehmen. Wir wissen aber auch positiv, dass am Ende des 6. Jahrhunderts die Studien in Rom noch blühten, dass Gregor d. Gr. dort sogar eine neue Schule, die sog. schola cantorum beim Lateran, begründete, welche, und zwar als Schule nicht bloss des Gesanges sondern aller freien Künste, bis zum Ende des 9. Jahrhunderts in hohem Ansehen stand und noch im 10. Jahrhundert fortdauerte.[1]) Für den bedeutenden Ruf der Schulen in Rom zur Zeit Karl's d. Gr. zeugt die bekannte Thatsache, dass dieser aus Rom wiederholt Lehrer der liberales artes nach Frankreich kommen liess, um dort Schulen zu errichten.[2]) Desgleichen dauerten in den übrigen byzantinisch verbliebenen Theilen Italiens, insbesondere in Neapel und Ravenna, die Studien und der Unterricht fort.[3])

Aber auch in dem langobardischen Italien blühen sehr bald die Schulen und die Studien wieder auf. Schon im 7. Jahrhundert ertheilt der Erzbischof von Mailand, Benedictus Crispus, Unterricht in den sieben freien Künsten, und seit der

---

dem Romuald, dem 787 im Alter von 25 Jahren verstorbenen Sohn des Arrichis, des selbst hochgebildeten Herzogs von Salerno und Benevent, in seiner von dem damaligen Beneventer Bischof David II. verfassten Grabschrift (Mon. Germ. hist. SS. III. p. 483) nachgerühmt:

Grammatica pollens, mundana lege togatus,
Diuina instructus nec minus ille fuit.

Drittens scheint die Aeusserung in einer Mailänder Urkunde von 853: „Ego Hilderatus scriptor huius liuelli et iuris magister“ auf einen Rechtslehrer hinzudeuten. Vgl. Ozanam, Docum. inéd. p. 16.

[1]) S. Ozanam, Docum. inéd. p. 6 ss., 31 s., 40 s., La civilis. chrét. p. 471 s., 532 s. — [2]) Ozanam, Docum. inéd. p. 33, meine Rede: Zur Geschichte u. s. w. S. 27 Anm. 35. — [3]) Ozanam, Docum. inéd. p. 8 ss.

Mitte des 8. Jahrhunderts finden sich die Spuren einer Domschule zu Lucca.[1]) Insbesondere wird Pavia, der Sitz der langobardischen Könige, schon frühzeitig eine Stätte des höheren Unterrichtes, welcher von jenen Königen begünstigt wurde. Gegen 700 lehrte dort der Grammatiker Felix, nachher sein Neffe Flavianus, der Lehrer des Paulus Diaconus. Es scheint aber damals sogar eine Hofschule zu Pavia bestanden zu haben, ähnlich der Hofschule, welche in Frankreich am Hofe der Merowinger bestand.[2]) Auch der hochgebildete Herzog von Salerno und Benevent, Arrichis († 787), und seine eben so gebildete Gemahlin Adilperga, die Tochter des letzten Langobardenkönigs Desiderius und Gönnerin des Paulus Diaconus, liebten die Wissenschaft und förderten die Studien zu Benevent und Salerno, so dass, als um die Mitte des 9. Jahrhunderts der Kaiser Ludwig II. Benevent besuchte, diese Stadt 32 Philosophen, d. h. Lehrer der weltlichen Wissenschaften, zählte.[3]) Besonders bemerkenswerth ist noch, dass es im Langobardenreiche seit dem 8. Jahrhundert zu den Pflichten des Pfarrers gehört, den Kindern elementaren Schulunterricht zu ertheilen.[4])

Für den höheren Unterricht entstand ferner bereits am Anfange des 7. Jahrhunderts die Klosterschule zu Bobbio,[5]) und zur Zeit Karl's d. Gr. lehrte Paulus Diaconus die Wissenschaften in Monte Cassino.[6]) Man darf aber annehmen, dass unter Karl d. Gr. in Italien, ebenso wie in Frankreich, an jedem Bischofssitze eine Domschule bestand.[7])

Nach Karl d. Gr. war das Unterrichtswesen in Italien in Verfall gerathen. Diesem Uebel suchten sowohl der Kaiser als der Papst, allem Anscheine nach zufolge getroffener Uebereinkunft, durch berühmte Verordnungen zu steuern. Der Kaiser Lothar erliess nämlich im Jahre 825 ein Edict, worin er für bestimmte Bezirke bestimmte Städte (Pavia, Ivrea, Turin, Cremona, Florenz, Fermo, Verona, Vicenza und Cividale in Friaul) als Sitze höherer Schulen festsetzt und den von ihm an diesen Orten bestellten Lehrern den höchsten Eifer einschärft. Der Papst Eugen II. aber befahl durch einen

---

[1]) Ozanam, Docum. inéd. p. 33 s. — [2]) Ozanam, Docum. inéd. p. 11, Giesebrecht, De litter. studiis p. 8. — [3]) Giesebrecht p. 9 sq., 15 sq., Ozanam, Docum. inéd. p. 11 s. — [4]) Giesebrecht, De litter. stud. p. 7 sq. — [5]) Ozanam, Doc. inéd. p. 35. — [6]) Giesebrecht p. 25 sq. — [7]) Giesebrecht p. 9, 14.

Canon von 826, dass an allen Bischofssitzen, in den Gemeinden der Bisthümer und nach Bedürfniss auch an anderen Orten Lehrer der Wissenschaften und freien Künste bestellt werden sollten, — eine Anordnung, welche Leo IV. im Jahre 853 wiederholte.[1]) Seitdem lassen sich denn auch, ausser der, wie schon erwähnt, mindestens noch im 10. Jahrhundert fortdauernden Schule des Lateran zu Rom, mit der Kirche zusammenhängende höhere Schulen an folgenden Orten bestimmt nachweisen: zu Neapel seit der Mitte des 9. Jahrhunderts, zu Verona und Modena im 10. Jahrhundert, zu Mailand und Parma im 11. Jahrhundert. Nicht minder sorgte aber die Kirche für den Elementarunterricht; denn um die Mitte des 10. Jahrhunderts verordnete Atto, Bischof von Vercelli, — doch sicherlich nicht vereinzelt, zumal da er hier selbst nur einer Verordnung des Bischofs Theodulf von Orléans folgte —, dass die Priester sogar in den Dörfern Schulen halten sollten.[2])

Man sieht, dass in Italien während der sog. barbarischen Jahrhunderte für den Unterricht doch gar nicht übel gesorgt war; anscheinend besser als noch vor wenigen Jahren in einem grossen Theil des heutigen Italiens. Dabei treten noch folgende sehr bemerkenswerthe Eigenthümlichkeiten Italiens gegenüber den anderen Ländern hervor. Erstlich dass dort nicht vorzugsweise allein die Geistlichen sondern auch die Laien sich mit den Studien befassten, und dass man sich mit Vorliebe nicht den geistlichen, sondern den weltlichen Wissenschaften, insbesondere der Grammatik und demjenigen, was damit zusammenhing, zuwandte.[3]) Sodann dass in Italien zu allen Zeiten Privatlehrer, überwiegend Laien, in nicht geringer Anzahl vorhanden waren, welche gegen Bezahlung Unterricht gaben und sich dadurch nicht selten ein grosses Vermögen erwarben.[4]) Es versteht sich, dass es sonach gar nicht schwer sein konnte, gegen Bezahlung auch Rechtsunterricht zu erhalten. Ferner muss nun einleuchten, wie leicht sich an einem günstigen

[1]) Ozanam, Docum. inéd. p. 36 ss., Giesebrecht p. 10 sq. Giesebrecht weicht von Ozanam insofern ab, als er das Edict Lothar's nur auf den Unterricht in kirchlichen Dingen bezieht. — [2]) Ozanam, Docum. inéd. p. 39 ss., Giesebrecht p. 14. — [3]) Giesebrecht p. 8 sq., 12 sq., 18 sq., Ozanam, Docum. inéd. p. 13 ss., 10. — [4]) Giesebrecht p. 8, 15 sqq., wo mit Recht darauf hingewiesen wird, dass auch Papias, Lanfrancus, Petrus Damiani und Irnerius solche Privatlehrer waren; Ozanam, Docum. inéd. p. 9 s., 14 s.

Orte und unter günstigen Zeitverhältnissen eine Rechtsschule bilden konnte. Denn gesetzt dass ein bedeutender Lehrer sich vorzugsweise auf den Rechtsunterricht verlegte, dass es ihm gelang, eine grössere Anzahl von Scholaren an sich zu ziehen, und dass sich dadurch andere Lehrer bestimmen liessen, seinem Beispiele zu folgen: so war ja die Rechtsschule da. Und gerade auf diese Weise ist ja in der That die Rechtsschule zu Bologna entstanden. Man wird aber kaum fehlgehen, wenn man sich auch die Entstehung der Rechtsschule zu Pavia (und diejenige der Hochschule zu Salerno) nicht anders vorstellt. Ueberhaupt wird die juristische Literärgeschichte des früheren Mittelalters, aus dem nunmehr gewonnenen Standpunkte betrachtet, doch wohl in wesentlich veränderter Beleuchtung erscheinen. Insbesondere wird man jetzt wohl von vornherein geneigt sein, eine andere Stellung zu nehmen zu der dritten Frage:

III. Gab es in der Zeit von der Mitte des 6. bis zum Beginn des 12. Jahrhunderts eine Rechtsliteratur?

Ich sage, man wird geneigt sein, zu dieser Frage eine andere Stellung zu nehmen. Denn fortgesetzter Unterricht in einem Zweige des Wissens muss von selbst auch eine gewisse Literatur hervorrufen, sei es dass die Lehrer selbst Schriften verfassen zur Erleichterung und Unterstützung des Unterrichtes, sei es dass ihre von den Schülern nachgeschriebenen Vorträge in weiteren Kreisen verbreitet und auch von Anderen als Hülfsmittel des Studiums benutzt werden.

Aber wir brauchen uns auch hier mit einer solchen Vermuthung gar nicht zu begnügen; denn trotz unserer zur Zeit noch ungemein dürftigen Kenntniss der frühmittelalterlichen Rechtsliteratur lässt sich dennoch schon jetzt mit Sicherheit nachweisen, dass es zu keiner Zeit völlig an juristischen Schriften gefehlt hat. Man wird dies nicht bezweifeln, wenn man folgendes beachtet:

1) Noch unter Justinian entstand, wie gegenwärtig wohl allgemein anerkannt wird, die sog. Turiner Institutionenglosse. Ferner wohl auch die alten Scholien und Paratitla zum Julian sowie das Dictatum de Consiliariis.[1]) Schon etwas jüngeren

[1]) Im Hinblick auf die Art, wie die Pandekten citirt werden, und auf die Bezeichnung Justinian's als „imperator noster“ oder „princeps

Ursprunges mag die sog. Collectio de Tutoribus sein,[1]) und sicherlich sind im Hinblicke auf die barbarische Sprache für jünger zu halten die Summarien zum Julian, wiewohl sie ihrem Inhalte nach noch auf die Zeit der byzantinischen Herrschaft in Italien hinweisen.[2]) Auch die alten Glossen zum Julian können, wenigstens zu einem Theil, wegen der volle Einbürgerung der langobardischen Rechtssprache zur Schau tragenden Erklärung zu cap. 60: „Biocolites sunt que latine possumus dicere scachatores“ wohl frühestens in das 7. Jahrhundert gesetzt werden, sind aber auf der anderen Seite wegen des Alters der Handschriften jedenfalls nicht später als im 10. Jahrhundert verfasst.[3]).

2) Schon im 6. Jahrhundert beginnen die fränkischen Formelsammlungen, welche sich durch mehrere Jahrhunderte fortlaufend verfolgen lassen.[4])

3) Aus der Zeit vom Anfange des 7. bis zu demjenigen des 9. Jahrhunderts stammt nach Hänel's Urtheil die sog. Epitome Lugdunensis des Westgothischen Breviars mit ihren interessanten Glossen.[5]) Seit dem Anfange des 8. Jahrhunderts bis in das 9. Jahrhundert herein entstehen nach und nach die übrigen abgekürzten Bearbeitungen des Breviars.[6]) Ferner besitzen wir Explanationes titulorum zum Breviar spätestens aus dem 9. und — abgesehen von den schon genannten Lyoner Glossen — zwei verschiedene Gattungen von Glossen zu demselben spätestens aus dem 10. Jahrhundert.[7])

4) Als eine Art juristischer Schrift muss auch das um 799 verfasste Gedicht des Bischofs Theodulf von Orléans:

---

noster“. S. Haenel, Iul. Epit. p. XLVII, XLIX und vgl. Savigny II. S. 198.

[1]) Doch wohl nicht viel jünger im Hinblick auf die Art, wie darin die Digesten citirt werden. S. Haenel, Iul. Epit. p. 201. — [2]) S. Haenel, Iul. Epit. p. LI. — [3]) Denn von den vier Handschriften, welche diese Glossen enthalten, stammen drei aus dem 10. Jahrhundert. Vgl. noch Haenel l. c. p. LII. — [4]) Vgl. R. Schröder in dieser Zeitschrift IV. Germ. Abth. S. 75 ff. — [5]) Haenel, Lex Rom. Visigoth. p. XXIX, XLVIII sq., 461. Jedenfalls kann wegen des Alters der Handschrift die Epitome nicht nach dem 9. Jahrhundert verfasst sein. — [6]) S. Haenel l. c. p. XXV sqq. — [7]) Siehe Haenel l. c. p. XXIII sqq., 459 sqq., 462 sq. Die Zeitbestimmung ist durch das Alter der Handschriften vollkommen gesichert.

Versus contra iudices (früher gewöhnlich sog. Paraenesis ad Iudices) betrachtet werden.[1])

5) Ferner sind am Ende des 8. oder Anfange des 9. Jahrhunderts im westlichen Frankreich entstanden die jüngst von Maassen veröffentlichten Glossen des canonischen Rechtes aus dem karolingischen Zeitalter.[2])

6) Der nämlichen Zeit gehört an die Karl d. Gr. zugeeignete Sammlung juristischer Abbreviaturen von Magno, Erzbischof zu Sens 801—818.[3])

7) In der gegen Ende des 8. Jahrhunderts geschriebenen Historia Langobardorum des Paulus Diaconus (Lib. I. cap. 25) findet sich ein Bericht über die gesetzgeberische Thätigkeit Justinian's, welcher nothwendig eine Kenntniss des Corpus iuris voraussetzt, und welcher ferner mit ähnlichen Darstellungen in juristischen Schriften des früheren Mittelalters, namentlich mit der Darstellung in der muthmaasslich dem 8. oder 9. Jahrhundert angehörenden Abbreviatio Institutionum Iustiniani der Turiner Handschrift D. V. 19 fol. 91ª—95ª, höchst auffallend übereinstimmt. Hiedurch wird doch mindestens eine starke Wahrscheinlichkeit begründet, dass Paulus aus einem juristischen Lehrbuche geschöpft habe, und dass uns also in seinem Berichte ein Stück eines solchen Lehrbuches aus dem 8. Jahrhundert vorliege.[4])

8) Ein in der genannten Turiner Handschrift fol. 86ª bis 88ª enthaltenes Stück muss dem 9. Jahrhundert zugewiesen

---

[1]) Dieses Gedicht, worauf ich bereits in meiner Schrift über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 29 aufmerksam gemacht habe, ist jetzt neu herausgegeben von Dümmler (welchem ich die Kenntniss desselben verdanke) in den Poetae latini Carolini aevi I. p. 493 ss. Es verdient von Seite der Rechtshistoriker die grösste Beachtung, da es, wie mir scheint, beweist, dass damals im aquitanischen Gallien nicht die Schöffenverfassung sondern die römische Gerichtsverfassung bestand. — [2]) Friedr. Maassen, Glossen u. s. w. Wien 1877. (Bes. Abdruck aus dem Novemberhefte des Jahrg. 1876 der Sitzungsberichte der phil.-hist. Cl. der Wiener Akademie Bd. LXXXIV S. 235.) S. auch meine genannte Schrift S. 29 fg. — [3]) Neue Ausgabe von Th. Mommsen bei Keil, Grammat. lat. IV. p. 285 sqq. Vgl. Savigny II. S. 133 fg. — [4]) Vgl. meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 103 und Schrader, Prodromus corp. iur. civ. p. 149.

werden, weil sich unter den am Rande citirten kirchenrechtlichen Quellen keine finden, welche jünger wären als dieses Jahrhundert.[1])

9) Ein anderes Stück der nämlichen Handschrift fol. 78[b] bis 79[a] gehört mit grosser Wahrscheinlichkeit auch noch dem 9. Jahrhundert an.[2])

10) Im 9. Jahrhundert ist ferner, und zwar aller Wahrscheinlichkeit nach in Italien, verfasst die von Maassen bekannt gemachte Lex Romana canonice compta, zu welcher sich in der sie enthaltenden Pariser Handschrift des 10. Jahrhunderts auch Glossen finden.[3]) Ungefähr gleichzeitig mit der Lex Romana und von gleicher Herkunft sind die verwandten, ebenfalls von Maassen bekannt gemachten Bobienser Excerpte des römischen Rechts.[4]) Gegen Ende des Jahrhunderts ist sodann, und zwar auch in Italien, die Collectio canonum Anselmo dedicata entstanden,[5]) welche ihre römischrechtlichen Stücke aus jener Lex Romana entnommen hat.

11) In der Bamberger Institutionenhandschrift D. II. 3 des 9. oder 10. Jahrhunderts finden sich Glossen, worunter sogar zwei Pandektenstellen.[6])

12) Spätestens dem 10. Jahrhundert gehört sodann wegen des Alters der Handschrift die sogenannte Summa Perusina des Codex an, in welche sich überdies Glossen zum Codex aus früherer Zeit eingeschlichen haben.[7]) Ferner stehen in der Codexhandschrift des Domcapitels zu Pistoia (saec. X.) Glossen von Händen des 10. und 11. Jahrhunderts.[8])

---

[1]) S. Schrader l. c. p. 147 in not. 6, meine Jurist. Schriften S. 22 Nr. 11. — [2]) S. Schrader l. c. p. 146 not. 6, meine Jurist. Schriften S. 21. Vgl. unten S. 164 ff. — [3]) S. Maassen im Julihefte des Jahrg. 1860 der Sitzungsberichte der phil.-hist. Cl. der Wiener Akademie Bd. XXXV S. 73 ff. und Maassen, Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts I. S. 888 ff. — [4]) S. Maassen im Aprilhefte des Jahrg. 1864 der genannten Sitzungsberichte Bd. XLVI S. 236 ff. und Geschichte der Quellen u. s. w. I. S. 896 ff. — [5]) S. Savigny II. S. 289 fg. [6]) S. Schrader, Prodromus corp. iur. civ. p. 228, Conrat S. XLVI ff., CCLI ff. Vgl. oben S. 112. — [7]) S. Krüger in der Vorrede zu seiner grösseren Ausgabe des Codex p. XI, Heimbach, Anecdota II. p. XVIII sqq., welcher die Schrift in die Zeit zwischen dem 7. und dem 9. Jahrhundert setzt. Wegen der Glossen s. Heimbach p. XV. — [8]) S. Krueger l. c. p. VI.

13) In der Turiner Institutionenhandschrift D. III. 13 steht am Rande, von einer Hand des 10. Jahrhunderts geschrieben, eine fortlaufende Glosse zu dem Institutionentexte. Der Hauptstock dieser sog. alten Turiner Institutionenglosse ist noch zur Zeit Justinian's abgefasst;[1]) jedoch deutet manches auf einzelne spätere Zusätze hin. Auch lässt sich aus sicheren Anzeichen schliessen, dass diese Glosse im 10. Jahrhundert in noch anderen Exemplaren verbreitet war, also vermuthlich viel benutzt wurde.[2]) Nun sind aber ferner dieser ursprünglichen Glosse noch im 10. Jahrhundert, und zwar mindestens von Einer, wahrscheinlich sogar von zwei verschiedenen Händen dieses Jahrhunderts, sodann im 11. und 12. Jahrhundert von etwa dreizehn verschiedenen Händen fortlaufend neue Glossen hinzugeschrieben worden.[3]) Das alles zeigt doch ganz offenbar und handgreiflich nicht allein, dass man sich in der Zeit zwischen Justinian und dem 10. Jahrhundert literarisch mit dem römischen Rechte beschäftigt, sondern auch, dass diese literarische Beschäftigung vom 10. bis zum 12. Jahrhundert ununterbrochen fortgedauert hat.

14) Aus dem Anfange des 11. Jahrhunderts stammen die langobardischen Quaestiones ac monita,[4]) aus der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts die alten Glossen und Processformeln des Liber Papiensis,[5]) aus der Zeit bald nach 1070 die Expositio zu demselben.[6])

15) Im Jahr 1080 oder unmittelbar vorher ist zu Ravenna die Klageschrift des Petrus Crassus gegen Gregor VII. verfasst.[7])

---

[1]) S. Savigny II. S. 201 fg., meine Schrift über die sog. Turiner Institutionenglosse und den sog. Brachylogus (Halle 1870) S. 5 ff., bes. S. 29. — [2]) Dies wird dadurch bestätigt, dass in der oben (Nr. 11) erwähnten Bamberger Institutionenglosse die in der Turiner Glosse 70 auftretende Rechtsregel: „cedunt adiecta subiectis“ in folgender Fassung wiederkehrt: „cedunt adiuncta subiectis“ (s. Conrat S. CCLIII), was doch sicherlich nicht auf Zufall beruhen kann. — [3]) S. Krüger in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. S. 46 ff. — [4]) S. Savigny II. S. 244 ff., Boretius in praef. ad Lib. Papiens. § 75 (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. XCI sq.). — [5]) S. oben S. 113 Anm. 4. — [6]) S. Boretius l. c. § 68 (p. LXXXVII), Ficker, Forschungen III. S. 64. — [7]) S. Ficker a. a. O. S. 112 fg., Urkunden zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Nr. 80.

16) An das Ende des 11. Jahrhunderts setzt man allgemein auch die beiden von Klenze veröffentlichten fingirten Constitutionen Justinian's, die aber wohl älteren Ursprunges sein möchten.[1])

17) In die Zeit gegen Ende des 11. Jahrhunderts gehören ferner die Exceptiones Legum Romanorum des Petrus oder doch mindestens die unmittelbare Quelle derselben, das sogenannte Tübinger Rechtsbuch. Schon Savigny hat dies bekanntlich vom Petrus angenommen, und zwar erstens wegen der ganzen, von derjenigen der Bologneser Schule völlig verschiedenen Manier des Werkes, zweitens wegen des darin auftretenden eigenthümlichen Pandektentextes, drittens wegen des Gebrauches der Novellen ausschliesslich nach Julian, viertens, weil als Beispiel des quasi castrense peculium das Honorar der Grammatiker, nicht das weit glänzendere der Honorare zu Bologna genannt werde, fünftens endlich wegen zweier Stellen über die Priesterehe, deren Aufnahme in eine nach Gregor VII. verfasste Schrift für fast unmöglich zu halten sei.[2]) Savigny selbst scheint aber später diesen Gründen kein entscheidendes Gewicht mehr beigelegt zu haben, da er im 7. Bande seines Werkes (S. 52 ff.) auf einige (recht schwache) Bedenken des Conte Giovanni Galvani hin sich sichtlich geneigt zeigt, das Buch erst nach 1157 zu setzen. Und die gedachten Gründe sind auch in der That sehr anfechtbar.[3])

---

[1]) S. Klenze in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VIII. S. 238 ff., Bethmann-Hollweg, Der germ.-roman. Civilprocess im MA. II. S. 320 ff., Conrat S. CXXXI ff. Klenze's völlig ungenügende Ausgabe erlaubt kein bestimmteres Urtheil. — [2]) Savigny II. S. 142 ff. — [3]) Vgl. Schulte im Oktoberhefte des Jahrg. 1867 der Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der Wiener Akademie Bd. LVII S. 229 fg., Conrat S. XLIX ff., CCV ff. Conrat selbst äussert sich über das Alter des Petrus recht unbestimmt. Nach S. CCLXXX fg., CCLXXXII a. E. sollte man meinen, er setze ihn und das Tübinger Rechtsbuch, gleich dem Brachylogus, in den „Beginn des späteren Mittelalters"; allein S. CCLXXXIII erklärt er, beide Schriften könnten recht gut jünger sein als der Brachylogus, ohne Zweifel vornehmlich deshalb, weil er S. CCXLII ff. den Verfasser entdeckt zu haben glaubt, und zwar in einem von Azo in der Summa Codicis II, 3 § 12 a. E. genannten „Petrus magister de Carpentario", d. h. nach Conrat „Petrus von Carpentras", der demnach „nicht viel vor Azo gelebt hat". Es hält schwer, Angesichts der höchst gelehrten, auf Anfragen bei zahlreichen Bibliotheken gestützten Ausführung, welche diese Entdeckung

Nichtsdestoweniger scheint mir aus anderen Gründen die angegebene Zeitbestimmung für das Tübinger Rechtsbuch keinem Bedenken unterliegen zu können. Denn erstens sind die Exceptiones Legum Romanorum in der Prager Handschrift verbunden, und zwar ganz absichtlich verbunden, mit einem kurz nach der Veröffentlichung des Gratianischen Decretes ebenfalls in Frankreich gemachten Auszuge aus demselben, welchen sein Verfasser selbst, ganz offenbar nach dem Muster jener Exceptiones, Exceptiones Decretorum Gratiani genannt hat, und welcher gleich jenen und an einer und derselben französischen Schule als Lehrbuch benutzt worden ist.[1] In der von dem Verfasser dieses Auszuges selbst herrührenden fortlaufenden Glosse zu demselben wird nun aber ferner vielfach auf den Petrus und mindestens einmal sogar auf die Glosse zu ihm verwiesen, während die letztere hinwiederum auf die Exceptiones Decretorum und ihre Glosse verweist.[2]) Da jedoch die Glosse zum Petrus an anderen Stellen, wo man ein Citat aus dem Gratianischen Decret bezw. den Exceptiones Decretorum erwarten müsste, nicht dieses, sondern ältere Quellen citirt, jene Citate des Decretes sich daher, sowie schon nach ihrer äusseren Gestalt in der Handschrift, als spätere Zusätze zu der im Hauptstock älteren Glosse herausstellen, so kann zunächst kein Zweifel sein, dass der Petrus sowohl wie auch der grösste Theil seiner Prager Glosse bereits geraume Zeit

befestigen soll, ernsthaft zu bleiben, und vielleicht handelt es sich auch nur um einen neckischen Scherz, zumal da Conrat S. CCXLIII selbst darauf hinweist, dass Carpentras sonst überall Carpentoracte, der Bürger von Carpentras Carpentoractensis heisst, und (Anm. 1) dass Azo, wenn er sagt: „Haec distinguo inter pactum de haereditate futura, ut illud valeat, et pactum de futura haereditate, ut illud non valeat; et similem transpositionem varietatem dicunt inducere, ut si dicitur ‘magister Petrus’, in literatoria intelligatur scientia, si vero dicitur ‘Petrus magister’, intelligatur de carpentario“, — dass Azo dabei sehr wohl „den Meister Stellmacher“ meinen kann! — Mit diesem „Petrus von Carpentras“ kann denn allerdings (S. CCLXXXVI a. A.) „der ‘Soldat’ des Petrus 1, 20“ (nämlich: „veluti quod miles ex sua militia acquirit, quod romanis verbis soldatas appellamus“) würdig Hand in Hand gehen.

[1]) Vgl. Schulte a. a. O. S. 222 fg., 227 ff., meine Schrift: Glosse zu den Exceptiones Legum Romanorum des Petrus S. 2 fg., 8 ff., 11. — [2]) Meine angeführte Schrift S. 4, 8 ff.

vor der Mitte des 12. Jahrhunderts vorhanden war.[1]) Nun steht aber zweitens in der Turiner Handschrift des 12. Jahrhunderts D. V. 19 der Petrus mit einer Glosse, welche überhaupt gar keine Verweisungen auf Gratian enthält und auch sonst viele Glossen der Prager Handschrift vermissen lässt, dagegen andere gibt, welche der letzteren fehlen.[2]) Darf man schon deshalb den gemeinsamen Grundstock beider Glossen, also natürlich auch das Rechtsbuch selbst, erheblich näher an den Anfang des 12. Jahrhunderts rücken, zumal da der Text des Turiner Petrus auf Benutzung an einer ganz anderen Schule, und zwar anscheinend einer italienischen, hinweist,[3]) so tritt noch bestärkend hinzu die ausschliessliche Benutzung der Novellen nach Julian in dem Rechtsbuche selbst wie in den beiden Glossen, der Mangel jedes Einflusses der Citirart der Glossatoren in der Turiner Glosse, überhaupt die Unabhängigkeit des Rechtsbuches selbst und seiner Glossen von der Bologneser Schule,[4]) was alles zusammengenommen doch mindestens auf die ersten Zeiten des 12. Jahrhunderts zurückführt. Nun ist ja aber drittens der Petrus gar kein ursprüngliches Werk, sondern eine blosse Umarbeitung des sog. Tübinger Rechtsbuches; desgleichen besteht der Hauptstamm seiner Glosse in der herübergenommenen Glosse dieses Rechtsbuches.[5]) Beides setzt doch offenbar voraus, dass das letztere zur Zeit der Umarbeitung in grossem Ansehen stand, was ebenso wie die auf den Gebrauch an verschiedenen Schulen hindeutenden Verschiedenheiten seiner Handschriften

---

[1]) Meine angeführte Schrift S. 11 ff., 17. Schulte, Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts I. S. 48 setzt die Abfassung, d. h. die Veröffentlichung, des Decretes zwischen 1139—1142. — [2]) Meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 17 Anm. 1. — [3]) S. Savigny II. S. 136 fg. — [4]) S. Savigny II. S. 144, 151 ff., meine Glosse zu den Except. L. Rom. S. 11 fg., 17 ff. Selbst Conrat, obwohl er in jedem leisesten Anklange an eine Schrift der Glossatorenschule sofort einen Beweis des Einflusses dieser Schule und der Zugehörigkeit zu derselben erblickt, muss doch S. CCLXXXIII zugeben, dass er nur „verhältnissmässig geringe Einflüsse der Glossatorenliteratur auf den Petrus, die verwandten Rechtsbücher und die Expositio terminorum aufzuweisen im Stande war“, und erklärt auch seinerseits (S. CCLXXIX) auf das bestimmteste, dass alle diese Schriften nicht zur Glossatorenschule zu rechnen seien. — [5]) Meine Glosse zu den Exc. L. R. S. 23 ff.

zu dem weiteren Schlusse führt, dass es damals schon seit längerer Zeit als Lehrbuch gedient haben müsse. So kommt man wenigstens für das Tübinger Rechtsbuch ganz ungesucht und von selbst in das 11. Jahrhundert. Diese Zeitbestimmung wird aber noch durch ein anderes Moment unterstützt und, dünkt mich, über jeden Zweifel erhoben. Nämlich durch höchst merkwürdige Beziehungen des Rechtsbuches zu dem langobardischen Rechte. Schon Savigny und Ficker haben auf solche Beziehungen hingewiesen; ihre Nachweisungen sind aber bei weitem nicht vollständig. Wahrscheinlich ist auch das folgende noch nicht erschöpfend.

Tub. 26 (= Petr. III, 47) stimmt nahezu wörtlich überein mit Ed. Rothar. 322. Tub. 30 (= P. III, 45) lässt die Anlehnung an Roth. 319 (324), Tub. 89 (= P. I, 46) in den Worten: „et propter famis necessitatem fecerint" diejenige an Liutpr. 149 nicht verkennen.[1]) In Tub. 15 (= P. III, 1): „Et sic — — furtum manifestum super totum — caput cum poena — restituetur quintuplum, nec manifestum vero in triplum" wird caput im Sinn von aestimatio rei gebraucht. (S. auch P. III, 49 in f. = Tub. 27.) Der Ausdruck in dieser (dem römischen Rechte ganz fremden) Bedeutung gehört der langobardischen Rechtssprache an, denn er kommt z. B. im Ed. Rothar. 148, 256, in der zweiten der alten Processformeln zu Roth. 232 (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. 358 col. I. v. 24) und in den langobardischen Quaestiones ac monita §§ 15, 18 in f. (ibid. p. 592 vv. 8, 22) vor. Er ist aber, soviel ich sehe, der langobardischen Rechtssprache auch eigenthümlich; denn nach Du Cange (s. v. Capitale 2) tritt zwar Capitale in der Lex Salica, Ribuaria, Angliorum und anderen in diesem Sinn auf, caput aber finde ich bei ihm in solcher Bedeutung überhaupt nicht. Darf man nach dem allem schliessen, dass das Tübinger Rechtsbuch unter dem Einflusse langobardischen Rechtes entstanden ist, so wird man nicht anstehen, diesen Einfluss auch in Tub. 34 (= P. III, 6) und in Tub. 130 (= P. III, 69): „alterius autem sororis filii partem suam

---

[1]) Soweit Savigny II. S. 150 not. c, Ficker, Forschungen III. S. 118 Note 9. — Beiläufig sei hier bemerkt, dass nach gefälliger Mittheilung des Herrn Prof. Boretius in Petr. III, 48 kein langobardisches Recht, sondern wahrscheinlich eine Einwirkung der Lex Salica 29 auftritt, welche übrigens auch in Italien viel galt.

per placitum et guerram exegerunt" zu erkennen. Aber nicht bloss der Einfluss des langobardischen Rechtes überhaupt, sondern sogar derjenige einer bestimmten Schule tritt bei aufmerksamerer Betrachtung zu Tage. Und zwar keiner anderen als derjenigen zu Pavia. Zuvörderst ist nämlich Tub. 47 (= P. IV, 42) im ersten Satze wohl sicherlich aus dem Liber Papiensis entnommen; denn dieser Satz geht zwar auf das Capit. eccles. a. 789 Aquisgr. cap. 63 in f. = in Capitulari Langobardico Karol. M. 38 (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. 493) zurück, allein die Schlussworte: „nisi postquam poenitentiam egerit" stehen nicht im Gesetze Karl's d. Gr. (ebensowenig in Gratian's Decret: c. 14 C. XXII q. 5), wohl aber wörtlich in der alten Glosse zu jener Stelle des langobardischen Capitulare: „nisi penitentiam egerit secundum quod in canones legitur". Sonach kann auch füglich kein Zweifel sein, dass die Glosse des Tübinger Rechtsbuches (in der Vaticanischen Hdschr.; in der Tübinger fehlt die Glosse) und diejenige des Petrus zu unserer Stelle: „In capitulari Caroli" bezw. „In capitulari" nicht auf das ursprüngliche Gesetz Karl's d. Gr., sondern auf das Capitulare Langobardicum und somit auf den Liber Papiensis verweisen. Auch die (übrigens ebenfalls in der Tübinger Hdschr. fehlende) Glosse: „In capitulari" zu Petr. IV, 45 (= Tub. 59) ist demnach eine Hinweisung auf den Liber Papiensis. Sodann aber zeigt Tub. 16 (= P. III, 2): „Si autem ignorans ius, id est cum rem aestimat esse suam, alicui vi abstulerit, — — si sua est, amittat eam; si aliena, eam et aliam similem reddat" (vgl. auch Tub. 20 = P. III, 11, Tub. 23 = P. III, 4) sogar eine höchst bemerkenswerthe Uebereinstimmung mit einer Stelle der Expositio zum Liber Papiensis. Nämlich mit der Expos. ad Widon. c. 5 in § 3 (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. 561): „Hec lex de primo invasore in hoc legem Romanam debilitat, quod precipit in hoctavo (leg. l. octávo?) Codicis, titulo de tertio, capitulo: „Si quis in tantam pervenerit audaciam" (= L. 7 C. unde vi 8, 4) et manifeste denotat, invasorem sue rei proprietatem amittere, aliene rei ipsam restituere et alia tantumdem de suo proprio componere". Man sieht, dass der Verfasser der Expositio die Rückgabe der Sache selbst und einer anderen gleichwerthigen für offenbares römisches Recht hielt, wiewohl L. 7

C. cit. wie § 1 Inst. vi bon. rapt. 4, 2 einen solchen Satz bekanntlich nicht enthalten, sondern Rückgabe der Sache und ihres Werthes („aestimatio eiusdem rei") vorschreiben. Ein solches Missverständniss kann doch Angesichts des klaren Wortlautes des Corpus iuris kaum ein ganz allgemein und überall verbreitetes gewesen sein; wohl aber scheint es nach der zuversichtlichen Erklärung in der Expositio, dass es an der Schule herrschte, aus welcher jene hervorging. So lässt sich aus der Uebereinstimmung von Tub. 16 mit der Expositio folgern, wenn auch nicht gerade, dass der Urheber jener Stelle unter dem Einflusse der Expositio selbst, so doch mindestens, dass er unter demjenigen der gedachten Schule schrieb, zumal da auch die Citirformen in den Glossen zum Tübinger Rechtsbuche ganz die gleichen sind wie in der Expositio. [1])

[1]) S. noch meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 72 und unten S. 140. Jenes Missverständniss scheint übrigens seine Veranlassung nicht in Einflüssen des langobardischen Rechtes sondern im Westgothischen Breviar zu haben, wo — ohne Zweifel unter der Einwirkung germanischen Rechtes; denn s. Lex Visigoth. VIII, 1 c. 2. Antiqua — die L. 3 Th. C. unde vi 4, 20 (= L. 7 I. C. eod.) in der Interpretatio folgendermaassen erklärt wird:

> Cognovimus res fisci nostri violenter aliquos pervasisse; sed nos evidenti lege praecipimus, ut, si quis fiscalem rem aut privatam ante sententiam a iudice prolatam invaserit et noluerit exspectare litis eventum, perdat negotium qui contemsit exspectare iudicium. ille vero qui hoc praesumsit invadere quod per iustitiam apud iudicem non poterat obtinere, habita aestimatione talem rem aliam illi domino restituat, qualem noscitur ante iudicium pervasisse.

Die im 8. Jahrh. in Frankreich verfasste sog. Epitome Monachi gibt das letzte in folgender Fassung: „similem rem cum ipsa quam pervasit, ex proprio amittat", also fast wörtlich gleich mit Petr. III, 2 und 11 (= Tub. 16 und 20) und mit App. P. I, 11 (meine Jurist. Schriften etc. S. 155, 156), d. h. mit dem Institutionencommentar, welcher hier als die Quelle des Tübinger Rechtsbuches zu betrachten ist (ebend. S. 72). Auf andere verwandte Missdeutungen des römischen Rechtes in der Int. ad Paul. I, 13 sent. 5 et 6 (s. auch Paul. I, 12 sent. 2 und Krueger ad. h. l.) und in der Lex Rom. Burgund. 19 § 2 hat mich Herr Prof. Pernice aufmerksam gemacht. Man könnte hienach zu der Vermuthung geneigt sein, jener Institutionencommentar oder das Tübinger Rechtsbuch habe unmittelbar aus dem Breviar oder aus der Epitome Monachi geschöpft. Dies ist mir aber in der That höchst unwahrscheinlich, da ich in diesen Schriften sonst noch keinerlei

Nun hat Walcausa, von welchem die alten Glossen und Processformeln des Liber Papiensis wenigstens zu einem grossen Theil herrühren, doch ohne Zweifel in Pavia gelebt,[1]) und es kann kaum einem Bedenken unterliegen, dass auch die gewöhnlich, wiewohl mit Unrecht, dem Walcausa zugeschriebene glossirte Sammlung der langobardischen Gesetze, wodurch uns jene Glossen und Formeln überliefert sind, zu Pavia entstanden ist.[2]) Ferner ist die Expositio zum Liber Papiensis in Pavia geschrieben.[3])

Dem allem gegenüber kann gegen die Annahme, dass das Tübinger Rechtsbuch unter dem Einflusse der Schule zu Pavia entstanden sei, und dass der Verfasser neben römischem auch langobardisches Recht, und zwar mit voller Absicht, aufgenommen habe, wohl kaum ein Zweifel bestehen. Damit fällt denn auch auf den Prolog des Rechtsbuches erst das

---

Einflüsse des Breviars bemerkt habe. Vielmehr wird, wie im Texte angenommen, die Darstellung derselben hier, wie in den anderen angegebenen Fällen, aus dem Einflusse der in der Expositio zum Liber Papiensis zu Tage tretenden langobardischen Jurisprudenz zu erklären sein. Die letztere scheint hier allerdings aus einer Einwirkung französischer, auf dem Breviar fussender Literatur oder Lehre hervorgegangen zu sein: sehr bemerkenswerth als die meines Wissens erste bisher nachgewiesene Erscheinung dieser Art. Jedenfalls aber darf jene Jurisprudenz nicht etwa auf die sog. Lex Romana Utinensis zurückgeführt werden; denn darin heisst es: „ipsam rem quam male invasit et aliud tantum ad eum cuius ipsas res esse debuerant, reddat", was Derjenige, welcher dies bloss mit den entsprechenden Stellen des Corpus iuris verglich, sicherlich nur im Sinne des richtig aufgefassten römischen Rechtes verstanden hätte und hätte verstehen können.

[1]) S. Merkel, Die Geschichte des Langobardenrechts S. 29 fg. Die Gründe, aus welchen Ficker, Forschungen III S. 58 fg. den Walcausa eher für einen Veroneser Juristen ansehen will, können, wie mir scheint, den von Merkel beigebrachten nicht die Wage halten, zumal da Hugolinus, Odofredus und Accursius den Walcausa ausdrücklich als Papienser bezeichnen, eine Angabe, die doch, namentlich in Rücksicht auf einen so namhaften und bekannten Juristen, vollen Anspruch auf Glauben hat. S. Savigny II. S. 364, 369. Boretius in der praef. ad. Lib. Papiens. § 59 und § 62 äussert sich über die Frage nicht. — [2]) Denn die von Boretius l. c. § 62 geltend gemachten Zweifelsgründe scheinen mir durch die Bemerkungen Ficker's, Forschungen III. S. 56 Note 1 beseitigt. — [3]) S. Boretius l. c. § 68. Was Ficker, Forschungen III. S. 75 ff. zu Gunsten der Annahme eines anderen Entstehungsortes bemerkt, steht, wie er selbst einräumt, auf sehr schwachen Füssen.

richtige Licht; denn dieser erklärt ja ausdrücklich, dass alles, was „inutile ruptum aequitative contrarium in legibus reperitur" beseitigt, dagegen manches „noviter inventum ac tenaciter servatum" gegeben werden solle, kurz er zeigt deutlich die Absicht des Verfassers, nicht reines römisches Recht sondern eklektisch durch Zusammenstellung aus verschiedenartigen Rechten eine Art von Naturrecht zu liefern. Ungleich wichtiger aber ist, dass wir jetzt mit grosser Wahrscheinlichkeit Pavia als den Ort betrachten dürfen, von wo aus das Justinianisch-römische Recht in Frankreich eingedrungen ist. Und zwar aus doppeltem Grunde. Einmal weil anzunehmen ist, dass Lanfrancus die Kenntniss und Lehre dieses Rechtes vor der Mitte des 11. Jahrhunderts von Pavia nach Nordfrankreich gebracht hat, sodann aber weil wir das Eindringen desselben von dort her in Südfrankreich,[1]) und zwar zunächst

[1]) Dass das Tübinger Rechtsbuch und der Petrus im provençalischen Sprachgebiete entstanden sind, kann ich jetzt, gestützt auf gefällige Mittheilungen des jetzigen hiesigen Vertreters der romanischen Sprachen, Herrn Professor Suchier, mit voller Bestimmtheit erklären; denn mit Ausnahme von busnardi (Petr. I, 19 = Tub. 73), welches nur in Nordfrankreich vorkommt und daher hier wohl als ein nicht eben schmeichelhafter Hinweis auf eine nordfranzösische Schule zu erklären ist, sind alle übrigen in den Rechtsbüchern vorkommenden romanischen Ausdrücke ganz speciell provençalisch. So comtorius (Tub. 115 = P. II, 32 nach der Tübinger Handschrift. Das „contorius" der Prager Handschrift ist nordfranzösisch), renovarius (ibid.), honor (P. II, 1 = Tub. 83), facturatores (P. I, 15 = Tub. 63. Die Savigny'sche Ausgabe hat hier unrichtig „faculatores"), rancurare (P. IV, 1 = Tub. 128), firmantia (ibid.). Die Ausdrücke honor im Sinne von possessio und firmantia (fermansa) im Sinne von Bürgschaft, Caution finden sich namentlich in einem Rechtsbuche in provençalischer Sprache, welches, in zwei Pariser Handschriften (espagnol 254, franç. 1932) enthalten, bisher als „Compilation d'après le code de Justinien" bezeichnet worden ist, und woraus in der Chrestomathie provençale par K. Bartsch, 4e éd. col. 299 ss. drei Capitel abgedruckt sind. Schon diese dürftige Kenntniss genügt aber, um zu erkennen, dass hier weder die Uebersetzung eines Stückes des Corpus iuris noch ein Auszug aus einem solchen vorliegt, sondern ein ganz frei gearbeitetes Rechtsbuch, welches schon in der Ueberschrift des ersten jener drei Capitel, noch mehr aber im Contexte dieses und des zweiten die auffälligsten Beziehungen zum Petrus (I, 17, 18, 12) aufweist, also wohl mit Benutzung desselben verfasst ist, während im dritten Capitel unmittelbar aus Iul. Epit. CVII, 3 (jedenfalls nicht aus Petr.

in Verbindung mit langobardischem Rechte, im Tübinger Rechtsbuche unmittelbar beobachten können.[1])

Ein solches Eindringen in dieser Verbindung und nicht von Bologna sondern von Pavia aus ist aber gewiss nur erklärlich in einer Zeit, in welcher die Schule zu Bologna noch nicht zu Ansehen gelangt war, dagegen diejenige zu Pavia in hohem Rufe stand und auch aus Frankreich, insbesondere aus Südfrankreich, viel besucht wurde. Jenes war aber, wie die um diese Zeit verfasste Expositio zum Liber Papiensis und ihre Geschichte beweist, um das Jahr 1070 der Fall,[2]) und um dieselbe Zeit darf man nach einer uns überkommenen Nachricht auch dieses annehmen.[3]) Man wird also das

---

I, 15) geschöpft zu sein scheint. Alle diese Momente lassen die Entstehung in der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts vermuthen.

[1]) So erklärt sich nun leicht, dass auch der Brachylogus, den man unbedenklich für jünger zu halten hat als das Tübinger Rechtsbuch, in IV, 4 § 18 das langobardische Capitulare berücksichtigt, freilich seinerseits bloss, um einen darin enthaltenen Rechtssatz als dem römischen Rechte nicht entsprechend abzuweisen: letzteres ein Beweis entweder für eine andere Richtung der Schule, welcher der Brachylogus angehört, oder für die mittlerweile in der Kenntniss des römischen Rechtes gemachten Fortschritte. Auch von der erwähnten eigenthümlichen Auslegung der L. 7 C. unde vi 8, 4 ist im Brachylogus (II, 11 § 2, III, 21 § 2) nichts mehr zu entdecken. Wohl aber in folgender Glosse der Vaticanischen Handschrift zu Br. III, 21 § 2 verb. „quod non solum“ etc.: „id est ut sua careat et a l i a m post restitutionem praestet“. Vgl. unt. S. 142 Anm. 1. — [2]) S. Boretius in praef. ad Lib. Pap. § 63, § 68, § 73. Die Expositio beweist zugleich (s. ibid. §§ 69 — 71), dass man sich damals in Pavia auch mit dem römischen Rechte stark beschäftigte, und dass also ohne Zweifel auch dieses dort gelehrt wurde. — [3]) Im Sommer 1065 schreibt ein Mönch von St. Victor zu Marseille aus Pavia an seinen Abt B.: er habe die Fortsetzung seiner in Angelegenheiten seines Klosters unternommenen Reise nach Rom zu Pavia wegen Verlustes seines Saumthiers aufgeben müssen, und, weil er sich geschämt, sogleich wieder unverrichteter Dinge heimzukehren, „litterarum studiis operam dare disposui ibique — — hactenus animum exercendo moratus fui. — — Nunc autem, quia per totam fere Italiam scholares e t m a x i m e P r o v i n c i a l e s, necnon ipsius ordinis de quo sum quia plures legibus c a t e r v a t i m studium adhibentes incessanter conspicio, — — aliquantulam huiusmodi scientiam habere desidero.“ Er wolle die Leges, d. h. also das römische Recht, nur zum Nutzen seines Klosters erlernen, und er bittet zu diesem Behufe um die Erlaubniss, nach Pisa zu gehen, und um eine Empfehlung an den

Tübinger Rechtsbuch ungefähr in diese Zeit zu setzen haben, und dafür spricht ausser der nahen Beziehung, welche es zu der

---

dortigen Prior, „ut mihi subveniat". S. Martene et Durand, Veterum Scriptorum et Monumentorum amplissima collectio I. col. 470 sq. Man wird aus diesem Zeugnisse gewiss auch schliessen dürfen, dass gerade zu Pavia viele Provençalen dem Rechtsstudium oblagen. (S. auch S. 138 Anm. 1 a. E.) Dass der Briefschreiber zu diesem Zwecke nach Pisa gehen will, ist daraus zu erklären, dass er dort eine Erleichterung des Studiums durch die erbetene Empfehlung erwarten durfte. — Ich habe mich bezüglich der Zeitbestimmung der, auch von Dümmler, Anselm der Peripatetiker S. 11 Anm. 3 gebilligten Annahme der Herausgeber der Amplissima collectio angeschlossen, welche unter dem Abte B. den Bernardus vermuthen, der vom 19. Mai 1065 (s. ibid. col. 465 sqq.) bis 1079 an der Spitze des Klosters stand. Savigny III. S. 302 setzt den Brief freilich erst in das Jahr 1217; aber gewiss nur, weil derselbe bei der Versetzung in jene frühere Zeit nicht füglich mit seiner Grundanschauung zu vereinigen war. Denn es ist doch von vornherein gar nicht anzunehmen, dass jene Herausgeber eine Handschrift vom Anfange des 13. Jahrhunderts dem 11. Jahrhundert hätten zuweisen können; auch passt nach dem Urtheil des Herrn Prof. Dümmler, eines gründlichen Kenners dieser Dinge, das Latein des Briefes zwar zu der zweiten Hälfte des 11., nicht aber zum Anfange des 13. Jahrhunderts. Sodann ist nicht zu glauben, dass, nachdem durch das Concil von Reims im J. 1131 den Mönchen das Studium des römischen Rechtes verboten und dieses Verbot 1139, 1163 und 1180 erneuert war (s. Savigny III. S. 364), am Anfange des 13. Jahrhunderts französische Mönche in Italien „catervatim" dem Studium der „Leges" obgelegen haben sollten, und dass ein solcher Mönch hätte hoffen können, von seinem Abte die Erlaubniss zu diesem Studium zu erhalten, noch dazu in Pisa, da doch damals unter anderen eine Rechtsschule zu Montpellier war. Dagegen stimmt umgekehrt der Inhalt des Briefes mit den thatsächlichen Verhältnissen des Klosters im Jahr 1065 vollkommen überein. Denn der Schreiber begrüsst darin den B. als neu erwählten Abt, von dessen Erhöhung zu dieser Stellung er kürzlich erst Kenntniss erhalten habe, und spricht seine Freude darüber aus, dass das „monasterium Massiliense iam rectoris indigentia penitus obfuscatum" jetzt wieder unter so tüchtiger Leitung stehe. Nun war aber nach den Annales S. Victoris Massilienses (Mon. Germ. hist. SS. XXIII p. 2) der Abt Durandus im Jahr 1064 gestorben, und da, wie gesagt, der Abt Bernardus erst am 19. Mai 1065 gewählt wurde, so war damals das Kloster wirklich eine Zeitlang ohne Haupt. Dieser bekannte Tag der Erwählung des Bernardus gibt in Verbindung damit, dass der Briefschreiber zum Schlusse erklärt, er werde den Bescheid bis zum Feste des H. Michael erwarten, zugleich das Recht, den Brief gerade in den Sommer 1065 zu setzen.

Expositio aufweist, auch der Umstand, dass es schon eine ziemliche Benutzung der Pandekten erkennen lässt, welche in seiner Glosse etwa siebenundzwanzigmal citirt sind.

Die Zeit wird sich aber sogar noch etwas genauer bestimmen lassen. Nur will ich vorerst bemerken, dass die nachgewiesenen Beziehungen zum langobardischen Rechte und insbesondere zu der Papienser Schule nicht erst dem Tübinger Rechtsbuche eigen sind, sondern, wie das Gratzer Rechtsbuch zeigt, schon der älteren gemeinsamen Quelle beider Rechtsbücher angehören. Denn Tub. 26 = Gr. 10, Tub. 15 = Gr. 15, Tub. 47 = Gr. 23a, Tub. 16 = Gr. 16.

Jene genauere Zeitbestimmung lässt sich aus Petr. IV, 9 = Tub. 124 = Gr. 51 gewinnen. Hier heisst es nämlich:

> Cum de iustitia et de consuetudine contenditur inter idiotas legisque peritos, consuetudo iuris nescia errore nata recedat, iustitia vero in omnibus iudiciis vigorem habeat, quia consuetudo multotiens veritati repugnat, iustitia autem semper veritati concordat. Legitur enim in Digestis — — et alibi: „Recte iudicate filii hominum", non dixit: „secundum consuetudinem iudicate". Et iterum ipse Dominus dixit: „Ego sum via et veritas et iustitia (Taur. vita)", non dixit: „Ego sum consuetudo". Etc.

Nun ist es auffallend, dass in Gratian's Decret (c. 5 D. 8) ein Canon von Gregor VII. steht, dessen erster Satz:

> Si consuetudinem fortassis opponas, advertendum est, quod Dominus dicit: „Ego sum veritas et vita", non dixit: „Ego sum consuetudo" sed „veritas".

mit dem letzten der oben ausgehobenen Stelle so gut wie wörtlich übereinstimmt. Allerdings ist das nämliche auch schon bei dem Heil. Augustinus zu finden (s. c. 6 D. 8), aber doch mit etwas anderem Wortlaute. Auch ist gewiss eher anzunehmen, dass unsere Rechtsbücher hier aus einer erst kürzlich erlassenen päpstlichen Verordnung, als dass sie aus Augustin geschöpft haben, zumal da in der Tübinger Glosse, desgleichen in derjenigen des Petrus, als Quellen des Capitels neben dem tit. Cod. VIII, 53 und den Digesten ausdrücklich auch canones genannt werden. Leider lässt sich die Zeit

der Verordnung Gregor's nicht näher bestimmen. Böhmer in seiner Ausgabe des Corpus iuris canonici setzt sie um 1075 an, und viel später kann die gemeinsame Quelle des Tübinger und des Gratzer Rechtsbuches aus den oben angegebenen Gründen nicht wohl entstanden sein.[1]

Das Tübinger Rechtsbuch braucht man nicht für viel jünger zu halten. Wohl aber muss das gewöhnlich allein dem Petrus zugeschriebene in eine spätere Zeit, etwa in die ersten Jahre der Lehrthätigkeit des Irnerius, gesetzt werden, da es schon eine ausgiebige Benutzung der Pandekten zur Schau trägt und (III, 36) das Decret des Ivo benutzt zu haben scheint.[2] Immerhin scheinen die Stücke, um welche es reicher ist als das Tübinger Rechtsbuch, zum Theil ebenfalls aus italienischen Schriften entnommen zu sein; denn in einem dieser Stücke (Petr. IV, 26 in f.) findet sich folgendes Beispiel:

> veluti cum vendo tibi mulam meam et in ipsa traditione paciscor, ut liceat me equitare eam usque Romam.

Dieses Beispiel müsste offenbar unter der Voraussetzung, dass sein erster Urheber in Frankreich geschrieben habe, als sonder-

---

[1]) Diese Ausführung wird dadurch gekräftigt, dass Petr. I, 28 = Tub. 64 = Gr. 32 offenbar im Hinblicke auf die als c. 2 C. 35 q. 5 in Gratian's Decret aufgenommene Entscheidung des Papstes Alexander II. (1061—1073) verfasst ist. Vgl. auch Petr. I, 29 = Tub. 121 = Gr. 49, Petr. I, 39 = Tub. 32 = Gr. 18. — [2]) S. Conrat S. CCXLVII fg. Damit stimmt es gut, dass die Turiner Glosse zu der Stelle die Quelle mit „in decretis" bezeichnet, während die jüngere Prager Glosse auf „XVII. q. IIII. quisquis" (= c. 21 C. 17 q. 4) verweist. S. übrigens schon Savigny II. S. 142 Note a. — Auf Grund dieser Zeitbestimmung muss man unwillkürlich zu der Vermuthung gelangen, dass der von Rockinger, Die Ars dictandi in Italien in den Sitzungsber. der Münchener Akad. 1861 S. 123, 130 (s. auch Rockinger in den Quellen zur bayer. und deutsch. Geschichte IX. 1. S. XXVII) erwähnte, der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts angehörige Peter aus der Provence, welcher einen Italiener Anselm als seinen Lehrer anführt, der Urheber unseres Rechtsbuches sein möchte. Leider gibt Rockinger keinen näheren Nachweis; auch scheint derselbe Provençale auf S. 125 fg. als „Henricus francigena" aufzutreten, so dass die Sache dunkel bleibt. Bemerkenswerth ist jedenfalls, dass der letztere seine Schrift über die ars dictandi ausdrücklich mit Pavia in Verbindung bringt als den „Libellus qui gemma intitulatur, quem Henricus francigena ad utilitatem desiderantium dictare Papiae composuit".

bar und wenig passend erscheinen. Dagegen erinnert es auffallend an das Beispiel in der Expositio zum Lib. Pap. Roth. 340: „si caballus usque Romam prestitus fuerit“.

18) Die Anhänge zum Petrus[1]) sind diesem Rechtsbuche zwar gewiss erst im 12. Jahrhundert beigegeben worden, weil die zahlreichen Quellencitate im Tractatus de actionum varietate et earum longitudine (App. P. II. A.) sämmtlich schon die charakteristische Manier der Bologneser Schule zeigen. Allein ihrem Ursprunge nach darf man sie mit ausreichender Sicherheit der Zeit vor dem 12. Jahrhundert zutheilen. Für die Processformeln (App. P. II. B. C.) wird dies von Conrat selbst (S. CXXX), sogar mit neuen Gründen, behauptet.[2]) Der erwähnte Tractat weist schon deshalb auf die Zeit vor Irnerius zurück, weil er alle Pandektencitate vermissen lässt.[3]) Wir kennen ihn ja aber wirklich in einer älteren, ursprünglichen Gestalt, in welcher zum Ueberflusse die Bezeichnung der (im App. P. II. A. stets als „leges“ auftretenden) Stellen des Corpus iuris als „legis capitula“ die vorirnerische Entstehung verräth.[4]). Die Bruchstücke eines Institutionencommentars in

[1]) Neu herausgegeben in meinen Jurist. Schriften des früheren MA. S. 151—171. — [2]) S. auch oben S. 103 Anm. 1 und S. 113 Anm. 1. — [3]) S. meine Jurist. Schriften S. 65, 67 fg., Man beachte besonders auch S. 65 Anm. 3. — [4]) Meine Juristischen Schriften S. 65. Das Gewicht dieses Umstandes hat Conrat durch die von ihm S. LXXVIII, CCXXXIX und S. LXXXI gegebenen Nachweise nur verstärkt; denn für das Vorkommen dieser Bezeichnungsweise auch in der Glossatorenschule hat er nichts weiter als — zwei (!) Stellen aus der Summa Codicis des Rogerius beigebracht, welche überdies nicht einmal beweisen, dass Rogerius die einzelnen Stellen als „capitula“ citirt haben würde. Conrat ist freilich mit solchen unbequemen Dingen rasch fertig. Statt alles weiteren begnügt er sich mit der Erklärung (S. CCXXXIX fg.): „Ein Recht, aus dem Gebrauch der Citirweisen auf frühmittelalterlichen Ursprung zu schliessen, haben wir nicht.“ — Ich will bei dieser Gelegenheit nicht unterlassen zu erwähnen, dass inzwischen Caillemer die älteste, in meinen Jurist. Schriften S. 128 ff. aus der Hänel'schen Handschrift herausgegebene Form des Tractates auch in einer Handschrift des Herrn Gaspard Bellin zu Lyon aus dem Ende des 12. oder Anfange des 13. Jahrh. gefunden hat. S. die an der Spitze dieser Abhandlung genannte Schrift von Caillemer p. 16, 20. Nach einer Vergleichung, welche ich der Güte des Herrn Caillemer verdanke, zeigt jedoch der Bellin'sche Text von dem Hänel'schen so grosse Verschiedenheiten, wie sie sich nur bei dem Hindurchgehen durch zahlreiche Zwischenstufen

App. P. I. c. 4—13 müssen schon deswegen in das 11. Jahrhundert und sogar früher als das Tübinger Rechtsbuch gesetzt werden, weil sie sich bei einer Vergleichung von App. P. I. c. 11 verb. „que sive utilis — — aliam similem restituat“ mit Tub. 16 = Petr. III, 2, mit Tub. 14 = Petr. IV, 17 und der Glosse (37 bezw. 298) zu dieser Stelle und mit Tub. 20 = Petr. III, 11, von App. P. I. c. 5 mit Tub. 15 = Petr. III, 1, endlich von App. P. I. c. 5 in f. mit Tub. 22 = Petr. III, 3 und der Glosse 50 bezw. 196 zu dieser Stelle als eine Quelle desselben erweisen.[1]) Auch zeigen sie im Gebrauche von „caput“ im Sinn von aestimatio rei (App. P. I. c. 5, 11), in dem schon früher (S. 130) erwähnten eigenthümlichen Missverständnisse von L. 7 C. unde vi 8, 4 (App. P. I. c. 11) und in den Citirformen die Wirkung gleicher Einflüsse, wie das Tübinger Rechtsbuch, dürfen also mit Wahrscheinlichkeit ebenfalls der Schule zu Pavia zugetheilt werden. Die Expositio terminorum endlich (App. I. c. 14—102) mag zwar in derjenigen Gestalt, in welcher sie uns vorliegt, erst von Demjenigen herrühren, welcher sie dem Petrus als Anhang beigefügt hat; allein dass sie eine blosse Compilation aus älteren Quellen ist, lässt sie selbst bei flüchtigster Betrachtung erkennen,[2]) und dass diese (unmittelbaren oder mittelbaren)

---

und längerem Gebrauche an verschiedenen Schulen bilden konnten: ein neuer Beweis, dass diese Schrift im Mittelalter sehr verbreitet war. Eine Veröffentlichung des Bellin'schen Textes wäre wünschenswerth.

[1]) Vgl. meine Jurist. Schriften S. 72 und S. 73 Anm. 7. Die Definitionen von furtum, rapina und invasio, welche in App. P. I. c. 5, 8, 9 und wörtlich gleichlautend in Tub. 143—145 auftreten, hat das Tübinger Rechtsbuch muthmaasslich nicht aus dem Commentar, sondern, da sie — nur in etwas abweichender Fassung — auch im Gratzer Rechtsbuche (c. 62—64) und in der von Schulte bekannt gemachten Prager Sammlung (c. 270) stehen, aus einer gemeinsamen Quelle entnommen. — Meine frühere, hauptsächlich auf das Vorkommen jener Definition des furtum auch in dem Vocabular des Papias gestützte Vermuthung eines noch höheren Alters des Commentars muss ich jetzt fallen lassen, da Conrat S. CLV nachgewiesen hat, dass diese Definition in den ältesten Handschriften des Papias fehlt. — [2]) Meine Jurist. Schriften S. 30 ff. Einer der dort angegebenen Gründe ist freilich jetzt beseitigt durch den von Conrat S. CCXIX erbrachten Nachweis, dass die Bemerkung „figurative dixit“ zu der Definition der restitutio als vulneratae rei remedium in c. 61 auf L. 5 § 1 C. in quib. caus. in int. rest. 2, 40 anspielt. In der Sache selbst macht dies keinen Unterschied.

Quellen mindestens zu einem Theil älter sind als das 12. Jahrhundert, kann ebensowenig zweifelhaft sein. Denn dafür zeugt erstens der wörtliche Gleichlaut der letzten vier Capitel (99—102) mit Tub. 136—138, 139^b neben nahezu wörtlicher Uebereinstimmung der Capitel 99—101 mit c. 56—58 des Gratzer Rechtsbuches, was sogar auf die ältere gemeinsame Quelle des Tübinger und des Gratzer Rechtsbuches zurückweist. Zweitens der Umstand, dass das Tübinger Rechtsbuch in c. 20 (= Petr. III, 11) verb.: „imponetur ei deportationis poena, id est exilium perpetuum" mit Expos. c. 18^b, in c. 83 (= Petr. II, 1) verb.: „interesse petere, id est damnum quod passus est", und in c. 85 (= Petr. II, 15) verb.: „interesse —— id est damnum quod propter illam emtionem passus est" mit Expos. c. 21 offenbar aus gemeinsamer Quelle geschöpft hat. Drittens der wörtliche Gleichklang einzelner Definitionen mit solchen im Vocabularium des Papias (um 1063), wiewohl sich doch erkennen lässt, dass die Expositio nicht aus diesem geschöpft hat.[1]) Viertens und besonders das Auftreten einer der Definitionen der Expositio, nämlich der Definition von damnum in c. 57, in der Expositio zum Liber Papiensis (Exp. ad Karol. M. 101 § 3), wo sie irrthümlich den Digesten zugeschrieben, also als etwas altbekanntes hingestellt wird.[2])

19) Ungefähr am Ende des hier zur Frage stehenden Zeitraums, und im Hinblick auf die genaue Bekanntschaft mit den Pandekten sowie auf die Kenntniss aller Theile derselben (auch des Infortiatum) wohl eher erst zur Zeit des beginnenden Aufblühens der Bologneser Schule, also in den ersten Zeiten des 12. Jahrhunderts, ist in Frankreich, und aller Wahrscheinlichkeit nach in oder bei Orléans, der Brachylogus entstanden, dessen von der Bologneser ganz abweichende Manier und dessen Glossirung sich auch bei der Annahme

[1]) Meine Jurist. Schriften S. 34 fg., 36. Was Conrat S. CCXLVII hiegegen geltend macht, ist ganz unbedeutend und keiner Widerlegung bedürftig. — [2]) Meine Jurist. Schriften S. 36 fg. Diese Thatsache ist natürlich für Conrat in hohem Grade störend. Er hilft sich (S. CXCV fg.) so, dass er, da „Fitting (diesmal ausnahmsweise, wie der Leser denken muss) vorjustinianischen Ursprung nicht behauptet", dies kurzweg seinerseits thut. Die Definition werde wohl in Quellen der Art wie Boëtius der späteren Zeit bekannt geworden sein und „vielleicht auch bei emsigem Suchen noch zum Vorschein kommen". Bleibt abzuwarten.

einer solchen Entstehungszeit leicht aus der anderen Heimat und aus der Erwägung erklärt, dass in Frankreich, und auch in Nordfrankreich, die Beschäftigung mit dem Justinianisch-römischen Rechte nicht erst durch die Bologneser Schule ihren Anstoss erhielt, sondern schon längere Zeit vorher begonnen hatte.[1])

Die gegebene Uebersicht zeigt doch wohl augenscheinlich, dass zu allen Zeiten des früheren Mittelalters auch eine gewisse Rechtsliteratur vorhanden war. Sie macht aber nicht einmal auf Vollständigkeit Anspruch, und insbesondere ver-

---

[1]) Die Gründe dieser Zeit- und Ortsbestimmung sind in meiner Schrift über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus, bes. S. 37 ff. entwickelt. S. auch Bd. 5 dieser Zeitschrift S. 256 ff. Conrat S. CCLXXXI ff. erkennt, abgesehen von der Versetzung des Werkes gerade nach Orléans, diese Ergebnisse vollkommen an. Wenn er trotzdem die völlig haltlosen Einwendungen Salvioli's für „durchaus begründet" erklärt, so ist dies wohl nur aus dem inneren Bedürfnisse hervorgegangen, an meinen Ausführungen überall und um jeden Preis zu mäkeln. — Ich will bei dieser Gelegenheit wiederholt auf unverkennbare und zum Theil sogar recht auffällige Beziehungen zwischen dem Brachylogus und dem Petrus bezw. dem Tübinger Rechtsbuche aufmerksam machen, welche sich bei Vergleichung z. B. folgender Stellen ergeben: Brach. I, 18 und Schlusssatz von Petr. I, 3 = Tub. 1, Br. II, 34 § 2 verb. „his enim personis — — viveret" und P. I, 6 = Tub. 2 verb.: „Quod si decesserit aliquis relictis ascendentibus — — si viveret", **Br. II, 13 §§ 5, 8, 9** und **P. I, 36 = Tub. 36a**, Br. III, 6 § 2 und P. II, 21 = Tub. 10, Br. III, 7 und P. II, 23 = Tub. 11, Br. III, 5 und P. II, 24 = Tub. 12, **Br. III, 23 § 4** und **P. III, 46 = Tub. 19,** Br. IV, 15 § 4 und P. IV, 41 = Tub. 57, Br. IV, 25 § 6 (Definition von peculium) und P. I, 67 = Tub. 98. Da nun nach dem jetzigen Stande der Forschung gute Gründe bestehen, den Brachylogus mindestens für jünger zu halten, als das Tübinger Rechtsbuch, so darf man schliessen, dass das letztere an der Schule, woraus der Brachylogus hervorgegangen ist, bekannt war und von dem Verfasser des Brachylogus benutzt wurde. Die Beziehungen, welche Chiappelli im Archivio giuridico Vol. XXX p. 437 segg. (1883) in höchst dankenswerther Weise zwischen dem Brachylogus und dem von Conrat herausgegebenen Florentiner Rechtsbuch sowie zwischen der Vaticanischen Glosse des Brachylogus und der Accursischen Glosse aufgezeigt hat, beweisen, dass der Brachylogus seinerseits wieder von den Späteren und auch in Italien benutzt worden ist, was bei dem Werthe des Werkes und dem lebhaften wissenschaftlichen Verkehr, welcher damals zwischen Italien und Frankreich bestand, nicht auffallen kann. Wäre der Brachylogus italienischen Ursprunges, so müssten seine Spuren in der italienischen Rechtsliteratur nothwendig noch viel zahlreicher und augenfälliger sein.

wahre ich mich dagegen, als solle in der Uebergehung einer Anzahl der von mir in früheren Arbeiten der vorbolognesischen Zeit zugetheilten juristischen Schriften ein stillschweigendes Zugeständniss liegen, dass ich mich durch Conrat für widerlegt erkenne. Ich habe diese Schriften vielmehr nur deshalb übergangen, weil ihre Erwähnung für meine gegenwärtigen Zwecke vollkommen entbehrlich war und mich überdies zu einer näheren Befassung mit den sehr weitläufigen Ausführungen Conrat's genöthigt hätte, welche nicht nur ungemein viel Raum erfordert haben würde, sondern auch die Aufmerksamkeit des Lesers von der Hauptfrage nothwendig hätte ablenken müssen. Auch wäre es wenig dankbar gewesen, jenen Ausführungen Schritt für Schritt zu folgen, da Conrat überall den Zusammenhang meiner Beweisführung, worin doch erst das eigentlich beweisende liegt, zerstört hat und die Beweisgründe, welche sich auf die verschiedensten Schriften beziehen, in buntestem Gewirre durcheinandermengt. Ich begnüge mich unter diesen Umständen mit der Bemerkung, dass ich die Erklärungen, welche Conrat an die Stelle der meinigen setzt, mit geringen Ausnahmen für verunglückt halte,[1]) und mit der Bitte an künftige Forscher, neben der Darstellung Conrat's doch allemal auch meine eigene zu lesen.

Damit gehe ich zu der weiteren Frage über:

IV. Lässt die aufgewiesene frühmittelalterliche Rechtsliteratur die Fortdauer von Ueberlieferungen aus dem Alterthum erkennen?

Nun beruht die ganze Wissenschaft der ersten Jahrhunderte des Mittelalters auf der Fortdauer solcher Ueberlieferungen. Man war einfach in das geistige Erbe des sinkenden Alterthums eingetreten und wandelte nach dem Vermögen der Zeit auf den von ihm eingeschlagenen Bahnen weiter. Es galt als das höchste Ziel der Bildung, die Alten zu erreichen, mit ihren Gedanken zu denken, in ihrer Sprache zu reden.[2]) Und die Bedeutung dieser Periode für die Cultur-

---

[1]) S. z. B. unten S. 149 Anm. 4 und 5. — [2]) S. Giesebrecht, De litterarum studiis p. 8, 12, Ozanam, Documents inédits p. 18 ss., 58, 67 ss., La civilisation chrétienne chez les Francs p. 456 ss., 478 ss. Wer dieses Verhältniss recht anschaulich haben will, darf z. B. nur einen der beiden

geschichte besteht nach dem Urtheil der bewährtesten Kenner gerade darin, dass sie die Elemente des Wissens aus dem Alterthum für eine spätere günstigere Zeit erhielt und so den neuen Aufschwung der Wissenschaft im späteren Mittelalter vermittelte.[1])

Zum Ueberflusse hat Conrat selbst (S. CCCXXII ff.) durch seinen Hinweis auf die mittelalterlichen Glossare, welche vom 6. bis in das 12. Jahrhundert in fortlaufender Reihe herabgehen, und durch das juristische Glossar, welches er (S. 178 ff.) daraus zusammengestellt hat, — nach meinem Dafürhalten weitaus die werthvollsten und verdienstlichsten Partieen seines ganzen Werkes — zwischen der Wissenschaft des Alterthums und derjenigen des späteren Mittelalters die nirgends zerrissene Kette fortwirkender Ueberlieferung auf das anschaulichste gezeigt.

Sollte trotz der Herrschaft einer solchen Zeitrichtung gerade nur auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft jede Anknüpfung an das Alterthum verloren gegangen sein? Dies wäre doch bloss denkbar, wenn entweder am Ausgange des Alterthums gar keine Rechtswissenschaft, woran man hätte anknüpfen können, vorhanden gewesen wäre, oder wenn man nachweisbar im Mittelalter für längere Zeit allen schulmässigen und literarischen Betrieb der Rechtskunde hätte fallen lassen. Das erste wurde früher allerdings ziemlich allgemein angenommen, und damit stand die Vorstellung von einer plötzlichen und unvermittelten Erneuerung der Rechtswissenschaft durch Irnerius in engstem Zusammenhange. Allein gegenwärtig darf doch jene Annahme als vollkommen überwunden angesehen werden. Die Turiner Institutionenglosse zeigt augenscheinlich, dass um die Mitte des 6. Jahrhunderts in Italien eine sehr achtbare Rechtswissen-

---

von Dümmler herausgegebenen Bände der Poëtae latini Carolini aevi durchblättern, um sich sofort aus den Nachweisungen in den Noten zu überzeugen, dass diese mittelalterlichen Dichter ihre Gedanken und Wendungen überall den Dichtern des Alterthums, dem Ovid, Vergil, Horaz und anderen, entlehnen.

[1]) S. Giesebrecht l. c. p. 9: „Summi erat maximique momenti, hac in natione (sc. in Italia), remota theologia, elementa quasi et fundamenta liberalium artium conservari, unde temporibus magis opportunis novam vim et facultatem possent recuperare." Ozanam, Docum. inédits p. 66 s., 78 s.

schaft bestand, wenn sie auch das beste an ihren Leistungen aus älteren Arbeiten schöpfen mochte, und das nämliche wird für eine etwas frühere Zeit, nämlich für das Ende des 4. und den Anfang des 5. Jahrhunderts, durch die Chronik des Sulpicius Severus auch für Gallien bewiesen.[1]) Es bliebe also bloss noch die zweite Möglichkeit. Aber wie hätte man dazu kommen sollen, von allen Wissenszweigen des Alterthums gerade nur die Lehre und Bearbeitung des Rechtes preiszugeben, da sich doch die Rechtskenntniss schon aus praktischen Rücksichten gar nicht entbehren liess? Und die bisherigen Erörterungen haben doch wohl auch sattsam dargethan, dass es in der That nicht geschah. Die Fortdauer antiker Ueberlieferungen wäre daher auch auf unserem Gebiete ohne weiteres anzunehmen, selbst wenn sie sich nicht auf das bestimmteste erweisen liesse.

Das wird nun freilich von Conrat auf das alleräusserste bekämpft. Hat er auch, sobald man schärfer zusieht, von jener älteren Vorstellung so ziemlich alles andere preisgegeben: darauf steht er fest, dass die moderne Rechtswissenschaft am Anfange seines „späteren Mittelalters“ unvermittelt und plötzlich wieder neu erstanden sei; wenn nicht mehr zu Beginn des 12. Jahrhunderts, so doch in der Mitte des 11. oder zu

---

[1]) S. Jacob Bernays, Die Chronik des Sulpicius Severus (Berlin 1861) S. 3, 31 ff. Es ist interessant, wie genau das Urtheil des Philologen Bernays, auf dessen für die juristische Literärgeschichte hochwichtige Schrift ich erst kürzlich von Herrn Geh. Hofrath Stobbe aufmerksam gemacht worden bin, — wie genau, sage ich, sein Urtheil über die Leistung des Severus bei seiner Uebersetzung mosaischen Rechtes mit dem Eindrucke zusammentrifft, welchen ich selbst bei dem Studium der Turiner Glosse von dieser gewonnen habe. Bernays sagt z. B. S. 36 fg. unter anderem: „Nach Ausscheidung dieser Marginalien bleibt nun — — in dem ganzen Stücke nichts zurück, dessen sich die Feder eines Gaius oder Ulpianus hätte schämen dürfen. Ueberall zeigt sich die bündige Klarheit der Satzbildung, welche den geschulten Juristen Roms ohne merklichen Unterschied der Zeiten eigen war, und das scharfe Gefühl für die Tragweite der einzelnen Wörter, welches unzertrennlich ist von der Schärfe der Begriffe.“ Das wird dann in einer auch für den Juristen höchst lesenswerthen Art im einzelnen nachgewiesen. Man vergleiche damit meine Schrift über die sog. Turiner Institutionenglosse und den sog. Brachylogus (1870) S. 28, 33.

irgend einer anderen Zeit. Mit „geschichtsphilosophischen“ Betrachtungen wie den obigen darf man ihm ja nun einmal nicht kommen; den beigebrachten Beweisen aber bestreitet er alle Kraft. Es lässt sich daher nicht vermeiden, auf die letzteren wenigstens in Kürze einzugehen.

Ich hatte aber zum Beweise einer bis zum 12. Jahrhundert herabreichenden und noch in der Bologneser Schule fortwirkenden antiken Tradition hauptsächlich folgendes geltend gemacht:

1) Spuren der Kenntniss und Benutzung nicht im Breviar enthaltenen vorjustinianischen Rechtes in Frankreich aus dem 7., 8., 9., 10. und 11. Jahrhundert.[1]) Conrat hat es trotz seines vielfach betonten Strebens nach Vollständigkeit nicht für nöthig gehalten, sich darüber ausdrücklich zu äussern. Er bemerkt nur bei seiner Zusammenstellung der dem „späteren Mittelalter“ bekannten vorjustinianischen Quellen, woraus jenes seine vorjustinianischen Anklänge füglich auch ohne Vermittelung des „früheren Mittelalters“ habe schöpfen können, so beiläufig (S. CLXXXVI): „die Aufnahme von neuen Citaten (!) aus dem echten Theodosischen Codex gehe nicht über Hinkmar von Reims und Benedict Levita hinaus“, ferner (S. CLXXXIX): die Citate aus der Consultatio im Decrete des Ivo seien wahrscheinlich nicht aus einer vollständigen Handschrift entnommen, sondern aus „einem der zahlreichen Manuscripte des Breviars, welche Zusätze (!) zu den im Breviar aufgenommenen Schriften enthalten“, sodann (ebenda): die Kenntniss der Collatio sei im 9. Jahrhundert constatirt, finde sich dann in einer Schrift des 11. Jahrhunderts wieder, und zwei Handschriften gehörten dem 12. Jahrhundert an. Meiner Berufung auf die Verbindung der Ulpianischen Fragmente mit dem Breviar in einer im 10. Jahrhundert geschriebenen Handschrift soll vielleicht die Bemerkung (S. CXC) begegnen: „die einzige Handschrift, welche bekanntlich aus dem 10. Jahrhundert ist, gibt nicht einmal Sicherheit für die Kenntniss des Werkes zur Zeit der Abfassung der Handschrift (!), geschweige denn für später“. Sehe ich von der letzten Bemerkung, wie

---

[1]) Meine Schrift über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus S. 28.

billig, ab, so ist doch, dünkt mich, mit diesen Aeusserungen vollständig zugegeben, dass sich von dem geltenden Gesetzbuche unabhängige juristische Traditionen des Alterthums fortlaufend bis in das 9. und 11., ja sogar bis in Ivo's Decret, also bis zum Ende des 11. Jahrhunderts, und noch in das 12. Jahrhundert herein, somit doch gewiss bis in Conrat's „späteres Mittelalter", verfolgen lassen. Und wie kam denn überhaupt dieses spätere Mittelalter zu einer Benutzung vorjustinianischer bezw. voralaricianischer Quellen, wenn es dazu nicht durch Traditionen des früheren Mittelalters veranlasst war? Oder sollen wir etwa gar zur Rettung der „älteren Lehre" glauben, der unbekannte „spätmittelalterliche" Jurist, welchen wir von Conrat's Standpunkte nunmehr anstatt des Irnerius als den Erneuerer der Rechtswissenschaft zu betrachten haben, habe die eigentlich „wissenschaftliche" Behandlung des römischen Rechtes damit eröffnet, und zwar trotz der bekannten ausdrücklichen Justinianischen und Alaricianischen Verbote, unbesehen alles und jedes, was irgend wie römisches Recht aussah, aus dem Staube der Bibliotheken hervorzusuchen und als willkommene Quelle zu benutzen?

Nicht minder beweisend ist, dünkt mich, mein zweiter Grund, nämlich:

2) die Kenntniss, Benutzung und Vermehrung der sog. Turiner Institutionenglosse bis zum 10. Jahrhundert, im 10. Jahrhundert und von da an fortlaufend bis in das 12. Jahrhundert.[1]) Diese Thatsachen werden natürlich von Conrat (S. CCII) nicht bestritten; da aber — unter diesen Umständen sehr erklärlich — auch in der „spätmittelalterlichen" Literatur und sogar in der Accursischen Glosse noch Anklänge an die Turiner Glosse vorkommen, so sind sie für ihn ohne Gewicht. Denn das steht ja bei ihm ein für allemal fest, dass etwas, was sich im späteren Mittelalter findet, schon deshalb für das frühere ganz bedeutungslos ist und alle Gegengründe niederschlägt.[2])

---

[1]) Meine Rede: Zur Geschichte der Rechtswissenschaft etc. S. 13. Vgl. oben S. 126. — [2]) Allerdings macht er einmal (S. CCXLII) das Zugeständniss: wenn ich mir die Bezüge zwischen der Glossatoren- und der angeblich frühmittelalterlichen Literatur damit erkläre, dass die erstere aus der letzteren geschöpft habe, so sei die Möglichkeit dieser

Ich hatte mich ferner berufen

3) auf das Auftreten juristischer Stücke, deren Inhalt auf Entstehung im Justinianischen Zeitalter deute, in Verbindung mit anderen, welche der Zeit des Irnerius schon ganz nahe stünden.[1]) Conrat erklärt jene wie diese für „spätmittelalterlich“ aus Gründen, welche von S. CLIX bis S. CCXVII in buntester Zerstreuung auftreten. Ich kann mich der Beleuchtung derselben um so eher entschlagen, als für meinen gegenwärtigen Zweck in der That nichts wesentliches darauf ankommt, ob man hier meiner Ansicht oder derjenigen Conrat's folgt.[2]) Desto entscheidender aber erscheinen mir folgende weitere Momente:

4) Sehr auffallende Beziehungen zwischen juristischen Schriften, welche in der uns vorliegenden Gestalt dem Ende des 11. oder vielleicht erst dem 12. Jahrhundert angehören, zu der Jurisprudenz der Justinianischen Zeit, wie sie in der

---

Erklärung zuzugeben; er lässt aber diese Möglichkeit sonst überall unbeachtet.

[1]) Meine Juristischen Schriften des früheren MA. S. 45 ff., bes. 55, S. 62, S. 92. — [2]) Ich will nur in der Anmerkung sagen, dass einzelne Ausführungen Conrat's allerdings Beachtung verdienen, dass ich mich aber im ganzen von der Unrichtigkeit meiner Annahmen nicht habe überzeugen können. So muss ich es z. B. immer noch als ein Kennzeichen des Ursprunges im Justinianischen Zeitalter ansehen, wenn das in meinen Jurist. Schriften S. 134 ff. abgedruckte Compendium iuris in § 83 auf die Frage: „Ex quo testamento defertur successio?“ die Antwort gibt: „ex iure civili perfecto vel pretorio“, und ferner in §§ 84—97 eine Darstellung des Intestaterbrechtes folgen lässt, welche auf die Neuerungen des Novellenrechtes keinerlei Rücksicht nimmt. Wenn Conrat (S. CLXI) in der ersten Hinsicht einwendet: „die Unterscheidung des civilen und prätorischen Testaments findet sich in unsern Quellen (§ 2 Inst. de testam. ord. 2, 10), zumal auch mit Bezug darauf, dass aus dem prätorischen Testament bonorum possessio contra tabulas gegeben wird, und ist der Literatur der Glossatoren wohl bekannt (z. B. Azo in S. Cod. 6, 12)“: so zeigen §§ 2, 3 Inst. h. t. vielmehr, dass im Justinianischen Rechte der frühere Unterschied der civilen und prätorischen Testamente beseitigt ist, und bei Azo ist auch nichts jener Darstellung des Comp. entsprechendes sondern nur ein grobes Missverständniss Conrat's anzutreffen. Was dieser dann aber gar (S. CCXII ff., also 51 Seiten später!) gegen meine Berufung auf jene Darstellung des Intestaterbrechtes vorbringt, ist — bei ihm selbst nachzulesen.

alten Turiner Institutionenglosse und der bisher dem Theophilus zugeschriebenen Institutionenparaphrase zur Erscheinung kommt,[1]) ja sogar zu dem nicht in das Corpus iuris übergegangenen vorjustinianischen Rechte.[2]) Nach Conrat (S. LXXXV ff., CLIII—CCXVI) handelt es sich hiebei theils um rein zufälliges Zusammentreffen,[3]) theils um Sätze, welche die „spätmittelalterliche" Jurisprudenz dem Corpus iuris entnommen habe,[4]) theils um mehr oder minder glückliche Erfindungen,[5]) theils

---

[1]) Meine Schrift über die sog. Turiner Institutionenglosse u. s. w. S. 86 fg., Zeitschrift für Rechtsgeschichte XIII. S. 299 ff. S. auch die höchst interessanten Nachweisungen bei Ferrini, La glossa torinese delle Istituzioni e la Parafrasi dello Pseudoteofilo (Estratto dai Rendiconti del R. Istituto Lombardo. Serie II, Vol. XVII, fasc. XVI. 31 luglio 1884) p. 7 seg. — [2]) Meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 42 fg., 60 fg. und (da Conrat das einmal will und auf diese meine ganz beiläufigen Aeusserungen sehr häufig zurückkommt) S. 15, 22, 23, Zeitschrift für Rechtsgeschichte a. a. O. — [3]) So namentlich zwischen Theophilus ad § 1 Inst. de publ. iud. 4, 18 und Tract. de actionum varietate et vita § 3, wo ich selbst (Zeitschr. f. Rechtsg. a. a. O. S. 301) die Möglichkeit eines zufälligen Zusammentreffens von vornherein anerkannt habe. Wozu also die breite Polemik im Ton überlegenen Spottes auf S. CLXXXII fg.? — [4]) So soll nach S. CLXV die Definition der arbitraria actio im Lib. de Verb. legal. 45 aus L. 18 pr. D. de dolo 4, 3 construirt, nach S. CLXVI fg. die Erklärung von bonorum possessio als „hereditas delata filio emancipato" ebendaselbst 55 aus L. 1 C. quor. bonor. 8, 2 entnommen sein u. dgl. Es muss dem Leser überlassen bleiben, ob er diese Erklärungen Conrat's für wahrscheinlicher hält als die Annahme vorjustinianischer Reminiscenzen, die doch, wenn man die ununterbrochene Fortdauer der Schulen bedenkt, gar nichts befremdliches haben. Ganz besonders geschickt hat aber jedenfalls, wenn man Conrat's Ansicht (S. CLIX) folgt, in dem fol. 86ª—88ª des Cod. Taur. D. V. 19 enthaltenen Stücke der betreffende Jurist des „späteren Mittelalters", welches doch nach Conrat die „Wissenschaftlichkeit" repräsentirt, das Corpus iuris benutzt, wenn er mit dem Satze: „petitio dotis est annua bima trima" gerade das als geltendes Recht aus L. un. § 7a C. de rei ux. 5, 13 ausgeschrieben hat, was nach dieser Stelle nicht mehr gelten soll („Exactio autem dotis celebretur n o n annua bima trima die, sed omnimodo intra annum" rel.). Die Kürze des Stückes, meint Conrat, gestatte absolut kein Urtheil, ob das an dieser Stelle befremdendes habe oder nicht. Er hätte aber in Schrader's Prodromus p. 147 not. 6, einer Stelle, welche er doch selbst ausdrücklich citirt, die Fortsetzung finden können. S. auch unten S. 170. — [5]) Hierher rechnet er namentlich (S. CLXIII fg.) Lib. de Verb. legal. 4: „Stipulatio est solemnis interrogatio cum congruenti responsione. solemnis dicebatur antiquitus,

endlich allerdings um die Einflüsse echt antiker Quellen, welche sich aber recht gut aus einer Benutzung der dem „späteren Mittelalter“ bekannten vorjustinianischen Quellen und der frühmittelalterlichen nichtjuristischen Glossare erklären liessen.[1]) Allein überall kommt doch Conrat selber mit diesen Erklärungen nicht aus. Die Definitionen von lucrum als „adquisitio rei alienae sine compensatione nostra“ und von damnum als „amissio nostrae rei sine compensatione alterius“ in Lib. de Verb. leg. 62 und Expos. term. 56, 57 hält er nach dem Eindrucke, welchen sie machen, für antik. Die zweite tritt aber wörtlich auch in der Expositio zum Liber Papiensis ad Karol. M. 101 auf und wird dort den Digesten zugeschrieben, woraus zu schliessen, dass sie um 1070 eine altbekannte, den juristischen Schulen sehr geläufige war. Trotzdem sind sie

---

quia testibus adhibitis ad minus inter duos fiebat, ut: promittis? promitto“ rel., wo nach seiner Ansicht der Verfasser ein ganzes Stück Rechtsgeschichte daraus geschmiedet hat, dass in einigen nichtjuristischen Glossaren des früheren Mittelalters als eine Bedeutung von stipulatio auch testatio oder testificatio angegeben wird; — wohlgemerkt alles in der „spätmittelalterlichen“ und also „wissenschaftlichen“ Zeit! Und dabei steht man doch immer noch vor der Hauptfrage, wie denn der „spätmittelalterliche“ Jurist zu jener Definition von stipulatio kam, die er nur in so gesuchter Weise erklären kann, zu einer Definition, welche für seine Zeit gar nicht mehr passte, die aber für das ältere römische Recht vollkommen richtig ist, und die er zum Ueberflusse selbst als eine alte, jetzt nicht mehr passende bezeichnet. Warum schrieb er nicht einfach die Definition der L. 5 § 1 D. de V. O. 45, 1 ab? und was bewog ihn namentlich, sich durch die Aufnahme des Merkmals „solemnis“ Schwierigkeiten zu bereiten, da doch in jener Definition des Corpus iuris von einem solchen Merkmal nichts zu lesen ist? Die Antwort durch einen Hinweis auf § 1 Inst. de V. O. 3, 15 oder auf Paul. V, 8 sent. 1 ist ausgeschlossen, weil, wenn die Darstellung des Libellus auf einer dieser Quellen beruhte, die Erklärung des „solemnis“ nothwendig ganz anders hätte ausfallen müssen. Sollte demnach nicht hier wenigstens die Annahme einer antiken Ueberlieferung natürlicher sein als diejenige einer blossen Erfindung? Von einer „Erfindung“ im Cod. Bamb., die sich aber nur als ein arges Missverständniss Conrat's erweist, war schon früher (S. 97 fg.) die Rede.

[1]) So soll die antike, auch bei Theophilus ad § 8 Inst. de iure nat. 1, 2 vorkommende Definition von sententia als „firma et indubitata responsio“ in Lib. de Verb. leg. 32, Expos. term. 98 und dem fol. 95b—96a des Cod. Taur. enthaltenen Stücke: De verbis quibusdam legalibus nach Conrat S. CXCII aus den Glossaren entnommen sein.

in den frühmittelalterlichen Glossaren, und selbst in dem gerade um diese Zeit verfassten Vocabularium des Papias, nach Conrat's Untersuchungen (S. CXCV fg.) so wenig nachzuweisen als in einer uns überkommenen vorjustinianischen Quelle. Was bleibt denn da noch übrig, als die Annahme einer durch die Schulen oder durch die juristische Literatur des „früheren Mittelalters" vermittelten Ueberlieferung des Alterthums?[1]) Nun beachte man aber noch folgendes! Diese Definitionen stehen in dem Libellus de Verbis legalibus. In der nämlichen Schrift finden sich aber auch noch eine Menge sonstiger vorjustinianischer Anklänge, welche Conrat theils als echt gelten lässt, theils als Erfindungen bezeichnet, theils auf das Corpus iuris zurückführt.[2]) Wie wunderbar nun, dass hier alle drei Arten solcher Erscheinungen zusammentreffen, und dass es dem Verfasser, welcher doch Conrat's Grundansicht zufolge vom vorjustinianischen Rechte so gut wie gar nichts wissen konnte, nicht nur gelang, aus den nichtjuristischen Glossaren, welche nach Conrat's daraus gelieferter Zusammenstellung (S. 178 ff.) auch recht viel verkehrtes enthalten, im ganzen nur richtiges zu entnehmen, sondern dass es ihm auch unwillkürlich begegnete, selbst seinen erfundenen oder aus dem Corpus iuris abgeleiteten Sätzen eine Färbung zu geben, welche sogar heutigen Juristen den Eindruck vorjustinianischer Ueberlieferungen macht! Kurz man darf nur die Dinge nicht so vereinzelt ins Auge fassen, wie es von Conrat geschieht, sondern unbefangen in ihrer Gesammtheit auf sich wirken lassen, um sich, wie mir scheint, vollkommen zu überzeugen, dass Conrat's Erklärungen nicht ausreichend sind, dass vielmehr die Fortdauer antiker Ueberlieferungen bis in das „spätere Mittelalter" zu-

[1]) Dergleichen stört nun freilich Conrat's Kreise nicht. Unmittelbar nachdem er (S. CXCV) anerkannt hat, dass es ihm nicht gelungen sei, für diese von ihm selbst als antik bezeichneten Definitionen als Quellen solche Schriften aufzuweisen, welche dem späteren Mittelalter bekannt gewesen, erklärt er es gleichwohl (S. CXCVI) für „völlig zweifellos", dass in den wenigen Fällen, wo sich wirklich eine Benutzung vorjustinianischer Sätze finde, dieselbe „sich allemal auf Quellen stütze, welche der Rechtswissenschaft des späteren Mittelalters nachweisbar bekannt oder mindestens zugänglich waren". — [2]) S. oben S. 149 Anm. 4, 5, S. 150 Anm. 1, ferner aber auch Conrat S. CLIII, CLVII, CLVIII, CLXIV fg., CLXXIII fg., CLXXXV, CXCII.

gegeben werden muss. Und das kann doch gerade bei Schriften, wie dem Libellus de Verbis legalibus, auch gar keinem Bedenken begegnen. Conrat selbst hat uns ja in höchst dankenswerther Weise gezeigt (S. CCCXXII ff.), wie beliebt und häufig im Mittelalter und auch im früheren Mittelalter die Glossare waren, wie sich gerade diese Literatur vom Alterthum durch das ganze Mittelalter in unausgesetzter Folge hindurchzieht. Dass nun aber ferner mindestens schon am Anfange seines „späteren Mittelalters" auch juristische Werke dieser Art sich grosser Beliebtheit erfreuten, zeigen nicht allein der Libellus de Verbis legalibus und die Expositio terminorum, sondern auch die fünf weiteren Stücke solcher Art, welche allein die Turiner Handschrift D. V. 19 enthält.[1]) Sollte man demnach nicht mit grosser Wahrscheinlichkeit schliessen dürfen, dass auch bereits das „frühere Mittelalter" dergleichen Werke besessen haben möge, und dass auch hier ähnliche Werke des Alterthums zur Grundlage gedient haben möchten? Anklänge vorjustinianischen und sogar sehr alten Rechtes gerade in solchen Werken, von denen jedes spätere naturgemäss auf den früheren fusst, würden dann doch gar nichts befremdliches oder auch nur auffallendes haben können. Zudem ist nun aber bei der Expositio terminorum nichts gewisser, als dass sie aus älteren Schriften geschöpft ist, und der Libellus de Verbis legalibus gibt ebenfalls seinen Charakter einer Compilation, ja er gibt sogar als eine seiner Grundlagen ein anderes, alphabetisch angeordnetes Werk sichtlich genug zu erkennen.[2]) Und dass es sich hier mindestens um Eine — unmittelbare oder mittelbare — Quelle handelt, welche spätestens der Mitte des 11. Jahrhunderts angehört, lässt sich doch im Hinblicke auf

[1]) Meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 20 ff. (Nr. 5, 9, 10, 17, 19). — [2]) Meine Jurist. Schriften S. 39 Anm. 8. Ob dieses vielleicht der nach Haenel, Ulpian. de edendo p. XVII in einer Handschrift der Bibliothek zu Châlons (XIII. — XIV. saec.) enthaltene alphabetisch geordnete Tractatus de sententiis legalibus et significationibus quorundam verborum sein möchte, wäre der Untersuchung werth. — Von jenem meinem Nachweis einer älteren Quelle des Libellus de Verb. leg. schweigt Conrat trotz aller Versicherungen angestrebter Vollständigkeit gänzlich, wiewohl es sich doch hier um einen Umstand handelt, welcher für ihn bei seinen Forschungen nach den Quellen der Epitome Exactis regibus ganz besondere Wichtigkeit hätte haben müssen.

die erwähnte Erscheinung in der Expositio des Liber Papiensis gar nicht bezweifeln. Nimmt man mit Conrat weiter an, dass die berührten Definitionen von damnum und lucrum schon aus dem Alterthum stammen, wogegen ich nach dem Eindrucke derselben gar nichts einzuwenden habe, und erwägt man, dass in c. 4 des Libellus eine Definition von stipulatio steht, welche nicht bloss einen antiken Eindruck macht, sondern auch ausdrücklich als eine „antiqua" bezeichnet wird (s. S. 149 Anm. 5): so muss sich jene Wahrscheinlichkeit doch ziemlich zur Gewissheit steigern, zumal da die Verknüpfung des „späteren Mittelalters" mit dem Alterthum durch eine ununterbrochene Ueberlieferung

5) auch bewiesen wird durch das Auftreten der am Ausgange des Alterthums herrschenden Schulregeln, wonach jedes umfassende Werk, um die Leser „benevolos, dociles et attentos" zu machen, mit einem Prolog beginnen muss, welcher über nomen, materia, intentio, finalis causa des Buches und den Theil der Philosophie, dem es zugehöre, Auskunft zu geben hat, — durch das Auftreten dieser Schulregeln nicht allein in allen Summen des 12. Jahrhunderts und selbst noch in Schriften des Bartolus, sondern auch schon in der Vorrede zu der Expositio des Liber Papiensis und in der oben (S. 124) erwähnten, vermuthlich dem 8. oder 9. Jahrhundert angehörenden Abbreviatio Institutionum.[1]) Conrat (S. CCXXII) berührt den Punkt, aber nur um dem Leser zu sagen, dass durch meinen Nachweis solcher Erscheinungen in den Schriften der Bologneser Schule die abweichende Ansicht Stintzing's überzeugend widerlegt sei. Dasjenige, was ich doch — nicht bloss hauptsächlich, sondern ausschliesslich — betont habe, dass dieses Verfahren schon im 6. Jahrhundert die allgemein anerkannte und feststehende Methode gewesen, und dass also aus der Befolgung derselben Methode in späteren Jahrhunderten die Fortdauer antiker Ueberlieferungen erhelle, übergeht er mit Stillschweigen. Ob darum, weil es ihm zu unbedeutend erschienen ist, muss ich dahingestellt lassen.

Zu dem allem tritt nun aber

6) noch ein Umstand hinzu, welcher vollends jeden Zweifel hebt. Ich meine die Fortdauer der schon im 5. und 6. Jahr-

---

[1]) Meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 94 ff., 98 fg., 101 fg.

hundert üblichen Citirformen bis in das 12. Jahrhundert und bis zur Verdrängung durch die bekannte Citirart der Glossatorenschule.[1]) Ferner die Wiederkehr einer ganz eigenthümlichen, schon bei den klassischen römischen Juristen hie und da zu beobachtenden, im 6. Jahrhundert aber allgemein verbreiteten elliptischen Redeweise in Schriften des 11. und 12. Jahrhunderts.[2]) Gerade bei solchen rein äusserlichen und willkürlichen Dingen ist doch die Annahme eines zufälligen Zusammentreffens völlig ausgeschlossen. Insbesondere ist die gedachte elliptische, ohne Zweifel aus dem Sprachgebrauche der Schule hervorgegangene Redeweise: die Weglassung von actio, iudicium, cautio u. dgl. bei der Benennung der einzelnen Klagen, Processe, Sicherheitsleistungen u. s. w., zwar, wie erwähnt, auch im Corpus iuris anzutreffen, aber doch nur bei sehr scharfer Beobachtung, und es ist daher meines Erachtens undenkbar, dass die „spätmittelalterliche" Jurisprudenz, wenn sie ohne Vermittelung einer fortwirkenden Schultradition des Alterthums bloss aus der Beschäftigung mit den Quellen hervorgegangen wäre, zu dieser Redeweise hätte kommen können.[3])

---

[1]) Meine Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones L. R. des Petrus S. 21 fg., meine Rede: Zur Geschichte der Rechtswissenschaft etc. S. 13, meine Jurist. Schriften des früheren MA. S. 19. — [2]) Meine Schrift über die sog. Turiner Institutionenglosse u. s. w. S. 34 ff., 87 ff., meine Rede S. 14 und S. 25 Anm. 22. S. auch meine Jurist. Schriften S. 58 vbd. meine Abhandlung in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XIII. S. 301, wo darauf hingewiesen ist, dass die in dem Tract. de natura actionum (Cod. Haenel. I.) §§ 21, 37 und noch in Schriften des Placentinus vorkommenden substantivischen Kunstausdrücke: „proheres" oder „proherede" und „propossessor" oder „propossessore" sich auch bei Theophilus ad § 3 Inst. de interd. 4, 15 finden. — [3]) Conrat hat es vorgezogen, sich auch über diesen Theil meiner Beweisführung, dem ich doch, wie die Citate der vorigen Anmerkungen zeigen, ein nicht ganz geringes Gewicht beigelegt hatte, nicht zu äussern. Er erklärt nur einmal (S. CCXXXIX fg.): ein Recht aus den Citirweisen „auf frühmittelalterlichen Ursprung zu schliessen", bestehe nicht, umgeht aber damit die eigentliche Hauptfrage. Ferner führt er mir (S. CCI fg.) zu Gemüthe, dass die elliptische Redeweise auch bei den Glossatoren anzutreffen sei, was aber gerade für mich beweist, und worauf ich bereits selber in meiner genannten Rede S. 14 hingewiesen hatte. Was endlich die Kunstausdrücke „proheres" und „propossessor" anlangt, so soll ich mich (nach S. CLXXX) erstens auf die Paraphrase des Theophilus „für vorjustinianische Bezüge" berufen, wovon an der von ihm citirten

Fasst man schliesslich alle beigebrachten Beweisgründe zusammen: den ganzen Charakter der Bildung und Wissenschaft am Anfange des Mittelalters, die fortdauernde Kenntniss und Benutzung vorjustinianischer Quellen und Justinianischer Literatur, auffallende Beziehungen der „spätmittelalterlichen" Schriften zu der Jurisprudenz der Justinianischen Zeit und zum vorjustinianischen Rechte, endlich die Fortdauer der Schulregeln, Citirformen und Redeweisen, wie sie am Ausgange des Alterthums bestanden, und nimmt man noch das früher schon erwiesene ununterbrochene Dasein juristischer Schulen und literarischer Bearbeitung des Rechtes hinzu: so ist doch wohl der Beweis meiner Behauptung des Zusammenhanges der

---

Stelle kein Wort zu lesen steht; zweitens aber gönnt er mir nicht einmal den Theophilus, da er „bekennen muss, dort nichts gefunden zu haben, was die Behauptung rechtfertigte, Theophilus habe sich dieser Ausdrücke bedient. Vielmehr erscheint pro herede und pro possessore bei Theophilus mit dem Artikel und gehört zu jenen Wendungen elliptischer Redeweise, auf welche gerade Fitting die allgemeine Aufmerksamkeit gelenkt hat". Also hat sich Theophilus der Ausdrücke eben doch bedient. Uebrigens hat Conrat von Theophil. ad § 3 Inst. de interd. 4, 15 ganz offenbar nur den ersten Absatz gelesen; sonst hätte er doch gleich am Anfange und Ende des zweiten finden müssen: „*Καὶ τίς ἐστι* pro herede;" und „*καὶ λέγεται* pro herede", am Anfange des dritten: „*Τίς δέ ἐστι* pro possessore; Pro possessore *ἐστὶ καὶ λέγεται κ. τ. λ.*" Gewiss ein glänzender Beweis der Ehrlichkeit sowohl wie der Gewissenhaftigkeit, mit welcher Conrat bei seiner Polemik gegen mich zu Werke gegangen ist. Uebrigens will ich gegenüber seiner zuversichtlichen Behauptung: „der vorjustinianischen Latinität sind nun aber diese Bezeichnungen gewiss nicht angehörig", doch auch noch bemerken, dass „heredes et proheredes" schon in der Lex Rom. Burgund. tit. I. in f. vorkommt. Ferner findet sich der Ausdruck: „heredes vel proheredes nostri" in den Form. Marculfi II, 17 sowie in zahlreichen Urkunden des 9. und 10. Jahrhunderts. S. z. B. Perard, Recueil de Bourgogne p. 15 (a. 820), 16 (a. 820), 32 (a. 885), 39 (a. 959), 43 (a. 931), 57 (a. 882), 58 (a. 888), 144 (a. 846), 146 (a. 849), 152 (a. 876), 153 (a. 876), 158 (a. 880), 159 (a. 881). Vgl. auch Du Cange s. v. Prohaeres. Dass „proheres" in der Lex Rom. Burgundionum, bei Marculf und in den Urkunden sowie in den Summen des Placentinus in etwas anderer Bedeutung auftritt als bei Theophilus, im Tract. de natura act. 21, 37 und in der Epit. Exactis regibus IX, 49, 65, beeinträchtigt natürlich die Thatsache nicht, dass das Wort schon im Alterthum und durch das ganze „frühere Mittelalter" hindurch, ja noch gegen Ende des 12. Jahrhunderts als Kunstausdruck gebraucht worden ist.

modernen Rechtswissenschaft mit der antiken durch das Band ununterbrochen fortwirkender Ueberlieferung mit einer Vollständigkeit erbracht, welche keinen verständigen Zweifel mehr aufkommen lässt. Ich kann mich daher nunmehr zu der letzten Frage wenden:

V. Gab es schon im „früheren" Mittelalter eine wirkliche Rechtswissenschaft?

Ich will hier zunächst daran erinnern, dass ich im Sinn Conrat's als die Scheide des „früheren" und des „späteren" Mittelalters etwa das Jahr 1065 betrachte. Sodann ist es erforderlich, sich über den Begriff „wissenschaftlicher" Bearbeitung des Rechtes zu verständigen. Diese muss aber, wie mir scheint, schon zugegeben werden, wenn auch vielleicht nur in geringem Maasse, bei jeder Handhabung des Rechtes, welche über den blossen Buchstaben hinausgeht, insbesondere also bei jedem, sei es glücklichen oder unglücklichen, Versuche einer Darstellung der Rechtssätze in einer von dem Wortlaute der Gesetze abweichenden freien und selbstgewählten Form. Und Conrat selbst macht ja hier keine allzu grossen Ansprüche, wenn er (S. CXXXIII, CCLVI) die früher (S. 127) erwähnten fingirten Constitutionen Justinian's, welche er doch selbst (S. CXXXV) nicht eben hoch stellt, sowie ein in der Kölner Handschrift auf sie folgendes, bei Conrat S. CXXXII abgedrucktes Stück, welchem er gleichfalls ein recht wenig günstiges Zeugniss ausstellt, doch allenfalls schon als Erzeugnisse der „spätmittelalterlichen", d. h. in seinem Sinn der wissenschaftlichen Periode gelten lässt. An einer anderen Stelle (S. CCLI) freilich verlangt er, dass „eine rechtswissenschaftliche Leistung, sobald sie auf diese Attribute (sic) billigen Anspruch erheben will", den Erfordernissen „vollständiger und tiefgehender Kenntniss des römischen Rechts" genügen müsse. In diesem Sinn genommen, würde es sich aber doch wohl fragen, ob wir uns gegenwärtig schmeicheln könnten, eine „Rechtswissenschaft" zu besitzen. Ich will indessen hier gern Conrat einen Schritt entgegenkommen und „Wissenschaft" erst dann annehmen, wenn eine Arbeit mindestens einigermaassen geschickt und richtig ist, kurz auch auf uns nach den Ansprüchen, welche wir an juristische Arbeiten stellen, unwillkürlich und von selber

den Eindruck eigenen verständigen Denkens und also nicht einer blossen Handwerksmässigkeit macht. Das ist denn allerdings vielfach nur eine Sache subjectiven Gefühls, und die wörtliche Vorführung einzelner Beispiele wird sich daher nicht ganz vermeiden lassen.

Dieses vorausgeschickt, so sucht nun Conrat den unwissenschaftlichen Charakter seines „früheren", den wissenschaftlichen seines „späteren" Mittelalters und die plötzliche und unvermittelte Ablösung der ersten Periode durch die zweite mittels einer zwiefachen Behauptung zu erweisen. Erstens nämlich sollen alle juristischen Schriften von nur einigermaassen wissenschaftlicher Natur dem „späteren" Mittelalter angehören, zweitens aber sollen die nachweisbar aus dem „früheren" Mittelalter stammenden Schriften eine gänzliche Unwissenschaftlichkeit verrathen.

Das letzte sucht Conrat (S. CCLIII ff.) vornehmlich an der Bamberger Institutionenglosse des 9. oder 10. Jahrhunderts (s. oben S. 125 Nr. 11) zu erweisen. Es ist nach ihm „hier nicht angezeigt, überhaupt noch von einer rechtswissenschaftlichen Manier und Methode zu sprechen"; „die unglaublichen Missverständnisse zeigen, dass dem Verfasser alles eher inne wohnte als Rechtskenntniss"; „die Unwissenheit, welche der Verfasser in juristischen Dingen an den Tag legt, ist für einen juristischen Erklärer horrend"; es handelt sich hier um „eine unjuristische und nichtswürdige Leistung". Kurz, Conrat schüttet über den unglücklichen Urheber der Glosse, dem er doch die schöne und beneidenswerthe Entdeckung einer bestimmt nachweisbaren Benutzung der Pandekten im 9. oder 10. Jahrhundert verdankt, die ganze Schale wissenschaftlicher Entrüstung aus, um daraus zu folgern, dass „im 9. oder 10. Jahrhundert die Behandlung des römischen Rechts, zum mindesten in Italien (warum die Beschränkung?), eine Stufe äusserster Kindheit eingenommen hat". Er „zweifelt nicht, dass sich für diese Behandlung des Rechts im früheren Mittelalter weiteres Material finden werde: das wenige, was andere frühmittelalterliche Institutionenhandschriften, wie die Fragmente in Monte-Cassino X. oder XI. Saec., die Pariser Handschrift 4421 XI. Saec. liefern, bezeichne kaum eine viel höhere Stufe in der Entwicklung der Rechtswissenschaft".

Ganz unwissenschaftlich (S. CCLV fg.) seien auch die langobardischen Quaestiones ac monita. „Wie vertrage sich mit solchen Schriften die Annahme einer Coëxistenz oder Präexistenz einer frühmittelalterlichen Rechtswissenschaft?"

Ich habe nun nicht die Absicht, für die Bamberger, Cassinenser oder Pariser Institutionenglosse eine Lanze zu brechen, zumal da ich von diesen Glossen nichts weiss, als das wenige, was Schrader im Prodromus p. 228 fg., 230 und Conrat S. CCLII fg. daraus mittheilen. Aber immerhin scheint mir von Seite Conrat's dem Verfasser der Bamberger Glosse etwas zu viel geschehen zu sein; denn ohne alle Rechtskenntniss war er nach den bei Conrat CCLIII wiedergegebenen Glossen doch augenscheinlich nicht, und die Glosse zu § 1 Inst. de rer. div. 2, 1: „propter puteorum suae stagnorum et paludum; haec enim singulorum sunt" ist sogar, sobald man nur statt „propter" „praeter", statt „suae" „sive" liest, als Hervorhebung des Gegensatzes zur aqua profluens gar nicht übel, zumal da dieses nirgends unmittelbar im Corpus iuris zu lesen steht. Ueberdies ist es gerade bei solchen Institutionenglossen, welche doch sicher sämmtlich aus dem Anfangsunterricht hervorgegangen sind, nicht leicht, zu beurtheilen, wieviel dem Lehrer selbst zur Last fällt oder nur auf Rechnung von Missverständnissen unkundiger Schüler zu setzen ist,[1]) und mich will bedünken, dass man auch in den Collegienheften unserer Institutionisten in reicher Auswahl Dinge finden könnte, welche den von Conrat der Bamberger Glosse vorgeworfenen recht wohl die Wage halten würden. Die langobardischen Quaestiones ac monita aber kann ich in der Gestalt, in welcher sie Boretius wiederhergestellt hat,[2]) so ganz unwissenschaftlich gar nicht finden; und insbesondere mit den fingirten Constitutionen Justinian's können sie es nach meinem Urtheil füglich aufnehmen.

Doch möge man über die genannten Schriften denken, wie immer; jedenfalls scheint mir doch, dass es ganz unzulässig ist, aus einigen, überdies nur sehr mangelhaft bekannten, Institutionenglossen, aus einer in äusserster Verunstaltung auf

---

[1]) Vgl. Haenel, Iuliani Epitome p. LI s. nr. 2. — [2]) Monum. Germ. hist. LL. IV. p. 590 sqq.

uns gekommenen langobardischen Schrift und vielleicht noch aus der Summa Perusina ohne weiteres einen allgemeingültigen Schluss auf die sämmtlichen Leistungen mehrerer Jahrhunderte zu ziehen. Und wie wenig ein solcher Schluss hier zutrifft, das wird sich im Verlaufe noch sattsam herausstellen. Vorerst muss ich, um Conrat vollkommen gerecht zu werden, noch angeben, wie er sich den geschichtlichen Hergang vorstellt. „Das 9. oder 10. Jahrhundert bringt“ nach ihm (S. CCLVI) „die ersten kindischen Versuche in Schriften wie die Bamberger Glosse, das 11. die rohen Arbeiten mit merklichem Fortschreiten von den Quaestiones ac Monita zu den fingirten Constitutionen, von diesen zu der Expositio des Liber Papiensis und der Klagschrift des Petrus Crassus, um in einem Process, den wir nicht genau verfolgen können, vornehmlich unter dem Einfluss des Studiums der Pandekten den Weg zu bahnen zu der grossen Höhe, welche die Rechtswissenschaft der Glossatorenschule aufweist.“ Das stimmt nun freilich recht wenig mit seinen früheren Ausführungen; denn hier ist ja doch auch wieder eine Art von allmählicher geschichtlicher Entwickelung angenommen. Doch will ich es damit so genau nicht nehmen; denn einige Freiheit der Bewegung muss man Conrat, wie sich vielfach gezeigt hat, ja überall lassen. Und auch darum will ich nicht rechten, dass wir von ihm über die Zeit von der Mitte des 6. bis zum „9. oder 10.“ Jahrhundert keinerlei Aufschluss erhalten, so dass es fast scheint, als solle während dieser Jahrhunderte eine geraume Zeit lang vollständig tabula rasa angenommen werden. Ich begnüge mich damit, dass er (S. CXXXV, CCLV fg.) die Quaestiones ac monita, also die erste Zeit des 11. Jahrhunderts, noch für vollkommen unwissenschaftlich erklärt, dagegen die Expositio des Liber Papiensis (um 1070) ausdrücklich (S. CXVII fg.) schon als wissenschaftlich gelten lässt, während er (S. CXXXIII ff., CCLVI) in den fingirten Constitutionen und der Klageschrift des Petrus Crassus einen Uebergangszustand findet, von welchem er nicht recht weiss, ob er ihn für „wissenschaftlich“ und also schon für „spätmittelalterlich“ oder für „unwissenschaftlich“, und also noch für „frühmittelalterlich“ halten soll.

Nun wird er aber die wissenschaftliche Behandlung des Rechtes doch mindestens schon einige Zeit vor 1070 beginnen

lassen müssen, und zwar wegen einer ganzen Reihe zusammentreffender Gründe.

Vor allem wegen eines als c. 2 C. 35 q. 5 in Gratian's Decret aufgenommenen, für die Literärgeschichte bisher noch nicht verwertheten Erlasses des Papstes Alexander II. an alle Bischöfe und Richter in Italien, welcher denn also zwischen 1061—1073 ergangen sein muss.[1]) Der Papst erklärt im Eingange, dass er zu diesem Erlasse bewogen sei durch den Bericht, „quidam legum et canonum imperiti" hätten „novo et inaudito errore", gestützt auf das Justinianische Recht aber „contra sacros canones et morem ecclesiasticum", behauptet, dass die Urenkel von Geschwistern einander heirathen dürften.[2]) Er habe die Frage erörtern lassen „in synodo habita in Lateranensi consistorio convocatis ad hoc opus episcopis et clericis atque iudicibus diversarum provinciarum". Nach langer Erwägung der leges und der sacri canones habe sich klar herausgestellt, dass die verschiedene Verwandtschaftsberechnung der einen und der anderen ihre guten und in der Natur der Verhältnisse, wofür sie bestimmt sei, liegenden Gründe habe. Und nun wird in sehr geschickter und scharfsinniger Weise eingehend ausgeführt, dass, wenn man nur genau („attente ac subtiliter") zusehe und „aciem mentis" anstrenge, beide Berechnungsarten in der Sache gar nicht auseinandergingen, sondern zum gleichen Ziel führten.

Dass dieses eine „wissenschaftliche" Leistung sei, wird Niemand, welcher die Decretale aufmerksam liest, bestreiten können. Es zeigt sich also, dass zur Zeit Alexander's II. wenigstens in Rom und am päpstlichen Hofe Juristen zu finden waren, welche eine nicht bloss handwerksmässige, sondern wissenschaftliche Bildung besassen. Da aber der Papst sich

---

[1]) S. Friedberg, Corp. iur. canon. I. col. 1271, 1272 in not. 16 ad h. c. — [2]) Man darf ohne weiteres annehmen, wie es auch von Böhmer in seiner Ausgabe des Corpus iuris canonici geschieht, dass dies der Bericht war, welchen Petrus Damiani über seine Erfahrungen in Ravenna erstattet hatte. Vgl. Savigny IV. S. 1 ff. Da nun die gegen die romanisirenden Juristen zu Ravenna gerichtete Streitschrift des Petrus: De parentelae gradibus dem Bischof von Cesena Johannes gewidmet ist (s. unten S. 173 Anm. 2) und daher vor 1057 verfasst sein muss (denn 1057 war Desiderius Bischof zu Cesena): so muss der Erlass Alexander's II. ganz an den Anfang der Regierung dieses Papstes gesetzt werden.

nicht mit einer einfachen Verordnung und dem Hinweis auf die canones und den mos ecclesiasticus begnügt, sondern es für geboten hält, in ausführlicher wissenschaftlicher Begründung die sachliche Uebereinstimmung des römischen und des canonischen Rechtes darzuthun, da er ferner ausdrücklich sagt, dass diese Lösung der Frage aus einer Berathung mit Bischöfen, Clerikern und Richtern der verschiedenen Provinzen hervorgegangen sei: so muss man schliessen, einmal, dass es damals überall in Italien mehr oder minder wissenschaftlich gebildete Juristen gab, und weiter, dass sich zu jener Zeit das römische Recht eines grossen Ansehens erfreute, was wiederum auf nicht bloss handwerksmässigen Betrieb desselben einen Rückschluss erlaubt.

Nun wird man aber ferner zugeben müssen, dass die wissenschaftlich gebildeten Juristen, welche bei der Berathung der Entscheidung mitwirkten und dieselbe schliesslich verfassten, doch wohl sicher zumeist schon ältere Leute, ihre Bildung bereits einige Zeit früher erworben hatten, und man kann daher der Annahme nicht ausweichen, dass schon in der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts ein wissenschaftlicher Betrieb des Rechtes, insbesondere des römischen Rechtes, bestanden habe. Dies wird aber auch positiv bestätigt durch die Berichte der Expositio zum Liber Papiensis über die Streitfragen, welche vor der Mitte des Jahrhunderts zwischen den Papienser Juristen verhandelt wurden.[1]) Insbesondere zeigt schon die oben S. 116 Anm. 6 Nr. 2 erwähnte Disputation des Lanfrancus mit den Schülern des Bonifilius für sich allein, dass jener wahrlich nicht bloss handwerksmässig gebildet war. Nun glänzte Lanfrancus, geboren 1005, nach seiner Lebensbeschreibung von Milo Crispinus c. 5 (s. Savigny I. S. 466 not. d) schon als ganz junger Mann durch sein juristisches Wissen und seine rhetorische Gewandtheit. Ferner macht die eben berührte Disputation in ihrer übermüthigen sophistischen Dialektik einen stark jugendlichen Eindruck. Man wird sie daher eher vor als nach 1030 setzen dürfen. Auch können die Disputationen des Lanfrancus zu Pavia schon deshalb

[1]) S. Merkel, Die Geschichte des Langobardenrechts S. 14 ff., 30 fg. und die Anmerkungen dazu, Boretius in praef. ad Lib. Papiens. §§ 80 sqq. (Mon. Germ. hist. LL. IV. p. XCIII sqq.)

nicht viel jünger sein, weil er 1042 in die Abtei zu Bec eintrat, nachdem er zuvor bereits einige Zeit zu Avranches gelehrt hatte.

Sind wir so unvermerkt bis an den Anfang des 11. Jahrhunderts gekommen, so liefert die Geschichte der Papienser Schule den Beweis, dass das römische Recht auch schon im 10. Jahrhundert nicht bloss handwerksmässig betrieben worden sein kann. Denn schon die Papienser Antiqui, deren Schule in der ganzen ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts blühte,[1]) behandelten das römische Recht als die „lex omnium generalis", auf welche bei Lücken des langobardischen Rechtes zurückgegangen werden müsse.[2]) Eine solche Auffassung hätte doch gar nicht entstehen können, wenn das römische Recht bisher nur kümmerlich und handwerksmässig wie ein besonderes Recht neben anderen und mit blosser Rücksicht auf das unmittelbare praktische Bedürfniss betrieben worden wäre. Sie war vielmehr bedingt durch die doppelte Voraussetzung, dass erstens, wie oben nachgewiesen, seit langer Zeit auf allen höheren Schulen mindestens die Anfangsgründe des römischen Rechtes als Stück der allgemeinen Bildungswissenschaften gelehrt worden waren, und dass zweitens nach der Art, wie es dabei behandelt wurde, dieses Recht, ebenso wie in späteren Zeiten, als die ratio scripta erschien.

Was bisher im Wege der Folgerung gefunden worden ist, soll aber jetzt auch unmittelbar bewiesen werden. Denn so dürftig unsere Kenntniss der frühmittelalterlichen Rechtsliteratur zur Zeit noch ist: dafür reicht sie aus, überzeugend darzuthun, dass es auch im 10. und 9. Jahrhundert an wissenschaftlicher Behandlung des Rechtes nicht gänzlich gefehlt hat.

Für das 10. Jahrhundert berufe ich mich zunächst auf die Glossen, welche der Turiner Institutionenglosse in diesem Jahrhundert hinzugefügt worden sind. Es sind dies die in Krüger's Ausgabe (Zeitschr. für Rechtsgeschichte VII. S. 52 ff.) mit vorgesetzten Sternen bezeichneten. Vielleicht aber gehören nach Krüger's Angaben (S. 49 fg.) diesem Jahrhundert

---

[1]) S. Boretius l. c. § 81 s. fin. — [2]) Expos. ad Lib. Pap. Widon. 5 in § 4: „Antiqui dicebant, quod hec lex nichil inde preciperet, ideoque iuxta Romanam legem, que omnium est generalis, hoc esse diffiniendum censebant."

auch noch an die in Savigny's Ausgabe (Gesch. des röm. R. im MA. II. S. 429 ff.) mit Nr. 182, 198, 199, 200, 206, 209, 311 (? s. Krüger S. 50 unter b.), 333 bezeichneten. Ich wähle von den ersten drei (Nr. 253, 337, 338), von den zweiten eine (Nr. 182) aus, welche nicht, wie Nr. 198, 199, 200, 206, aus Isidor abgeschrieben ist.

gl. 253 ad § 14 Inst. de hered. quae ab int. 3, 1 v. „ab intestato“: Si extraneae personae in adoptionem aliquis datus fuerit, non potest ei aliter succedere, nisi ab intestato decesserit; nam si eum et sine causa exheredaverit, non potest contra tabulas adoptivi patris bona petere.

gl. 337 ad § 5 Inst. de eo cui lib. causa 3, 11 v. „libertates“: Nota, quia adversus libertatem non est restitutio propter regulam quae dicit: plus est status quam restitutio.

gl. 338 ad § 6 Inst. eod.: Nota, quia in fraudem creditorum manumissus, si voluerit firmam habere libertatem, satisfacere debet creditoribus, quia (?) mortis causa libertates dantur.

gl. 182 ad § 2 Inst. de hered. inst. 2, 14 v. „hereditariis servis“: Bene dixit hereditarios servos, cum et alii sunt servi qui non hereditariis servis, id est inter hereditatem deputatis cuiuscunque, dinumerantur, ut servi publici vel ecclesiarum vel poenarum.

Ich muss alle diese Glossen, und ebenso die zu ihnen gehörigen hier nicht abgedruckten, unbedingt für wissenschaftlich halten; ich zweifle auch, dass Jemand dieses Urtheil bestreiten wird. Es steht aber noch weiteres Material zu Gebote.

In dem Decretum des Burchard von Worms (verfasst zwischen 1012 und 1022) steht (VII, 10) folgendes Stück:

In quo ramusculo consanguinitatis legitima conubia fieri possint.

(Ex dictis eiusdem: scil. Isidori): Beatus Isidorus de consanguinitate sic loquitur: cuius series septem gradibus dirimitur, hoc modo: filius et filia, quod est frater et soror, sit ipse truncus. Illis seorsum seiunctis, ex radice illius trunci egrediuntur isti ramusculi, nepos et

neptis, primus: pronepos et proneptis, secundus: abnepos et abneptis, tertius: adnepos et adneptis, quartus: trinepos et trineptis, quintus: et trinepotis nepos et trinepotis neptis, sextus. Haec consanguinitas, dum se paulatim in propaginum ordinibus dirimens, usque ad ultimum gradum sese subtraxerit et propinquitas esse desierit, tunc primum lex in matrimonii vinculum recipietur, et quodammodo revocabit fugientem. Ideo autem usque ad sextum generis gradum consanguinitas constituta est, ut sicut in sex aetatibus mundi generatio et hominis status finitur, ita propinquitas generis tot gradibus terminetur.

Dieses Stück, auf welches die oben besprochene Decretale Alexander's II. (c. 2 § 9 C. 35 q. 5) hinweist, ist unverändert auch in das Decretum des Ivo (IX, 46) übergegangen und später von Gratian aufgenommen, von diesem aber in zwei canones (c. 1 C. 35 q. 5 und c. un. C. 35 q. 4) zerlegt, sicherlich aus dem Grunde, weil bloss der zweite, bei Gratian als c. un. cit. auftretende Theil: „Haec consanguinitas" rel. wirklich von Isidor (Orig. IX, 6 in f.) stammt, während der erste, wie übrigens auch das „septem gradibus" (bei Gratian in „sex gradibus" verwandelt) zusammengehalten mit „usque ad sextum generis gradum" des Isidor beweist, aus einer anderen Quelle herrührt.

Diese Quelle lässt sich nun aber nachweisen, und zwar in dem S. 125 Nr. 9 erwähnten, fol. 78[b]—79[a] des Cod. Taurin. D. V. 19 enthaltenen Stücke, worauf ich bereits in meinen Juristischen Schriften des früheren Mittelalters S. 21 hingewiesen habe, und welches auch deswegen für die juristische Literärgeschichte von Bedeutung ist, weil es sich, wie dort gezeigt, als eine Quelle der Prager Glosse zum Petrus, ja sogar des Petrus selbst zu erkennen gibt. In diesem Stücke findet sich nämlich folgendes Capitel, dessen erster Satz wörtlich in Petr. I, 28 = Tub. 64 übergegangen ist, während der zweite in der Prager Glosse 54 zu Petr. I, 28 wiederkehrt:

De gradibus cognationis.

Duo fratres sunt in prima cognatione, et eorum filii in secunda, et eorum nepotes in tertia, et sic per ceteros.

FRater et soror sunt truncus; primus ramus nepos neptis, secundus pronepos proneptis, tertius adnepos adneptis (leg.: abnepos abneptis), quartus abnepos abneptis (leg.: adnepos adneptis), quintus trinepos trineptis, sextus trinepos (leg.: trinepotis) trineptis filius filia, septimus filii filiae trinepotis trineptis filius filia. ideo VII gradibus finiuntur, quia mundus non ultra septem etates porrigitur.

Dieses Capitel ist schon an sich interessant, weil darin die beiden Arten canonischer Verwandtschaftsberechnung, von denen die mehrerwähnte Decretale spricht (c. 2 §§ 9, 10 C. 35 q. 5), neben einander auftreten. Hier kommt es bloss darum in Betracht, weil es von „Frater et soror“ an doch wohl sicherlich als die Quelle Burchard's zu betrachten ist. Darauf weist schon der Umstand hin, dass dieser — oder vielleicht auch ein älterer Gewährsmann —, um bloss die sechs Grade Isidor's herauszubringen, den filius et filia trinepotis trineptis in freilich höchst gedankenloser Weise gestrichen hat. Sonach ist aber mindestens dieser Theil des Capitels älter als das Decret des Burchard. Hieraus folgt nun freilich noch nicht ohne weiteres, dass auch das ganze Stück der Turiner Handschrift älter sei; denn dass der Urheber desselben unser Capitel nicht ursprünglich verfasst, sondern aus älteren Quellen zusammengestellt hat, ergibt sich schon aus der berührten Verquickung der beiden canonischen Zählungsarten. Immerhin macht das nachgewiesene Verhältniss einer dieser Quellen zu Burchard für das ganze Stück die Annahme eines höheren Alters mindestens wahrscheinlich. Und diese Wahrscheinlichkeit wird dadurch in hohem Grade gesteigert, dass die Meinung, wonach selbst bei der Betrachtung der Geschwister als truncus die Verwandtschaft bis in das siebente, also nach der von Alexander II. vorgezogenen, auch uns noch geläufigen canonischen Rechnung bis in das achte Glied fortdauere, schon zur Zeit des Burchard sehr allgemein missbilligt worden sein muss, weil dieser doch sonst seine Vorlage kaum so, wie er gethan, verändert haben würde. Zur Zeit Alexander's II. vollends muss sie bereits gänzlich verschollen gewesen sein; denn sonst hätte sie dieser in seiner Entscheidung, worin doch offensichtlich alle bestehenden Ansichten erledigt werden sollten,

wenigstens irgendwie berühren müssen. Das geschieht aber nicht nur nicht, sondern es wird sogar ausdrücklich und bestimmt — ohne Zweifel vornehmlich mit Anspielung auf Burchard — gesagt: „Isti qui numerandi initium sumunt a filiis fratrum, non progrediuntur ultra sextam generationem“ rel. Da es unter solchen Umständen unwahrscheinlich ist, dass der Urheber des Turiner Stückes das Capitel in seiner uns vorliegenden Gestalt aufgenommen hätte, vorausgesetzt dass seine Arbeit erst in die Zeit Burchard's fiele: so wird man bis auf weiteres berechtigt sein, jenes Stück spätestens dem 10. Jahrhundert zuzutheilen.

Und nun will ich noch zwei andere Capitel daraus mittheilen, welche, wie mich dünkt, beweisen, dass hier doch nicht von einem blossen „kindischen Versuche“ die Rede sein kann, sondern, ebenso wie bei den Turiner Glossen des 10. Jahrhunderts, schon wirkliche wissenschaftliche Leistung zugegeben werden muss. Das erste derselben wähle ich vornehmlich aus dem Grunde, weil es für Petr. I, 12 als Quelle gedient hat.

> Lex Falcidia inventa est causa legatorum. habebant enim homines nimiam licentiam faciendi legata. postea Falcidius tribunus dedit legem, qua imposuit certum modum legatis: id est quod pater vel mater vel avus vel avia vel alii in genere eodem ascendentes, si unum vel duos vel usque quatuor habent liberos, morientes debent eis relinquere tertiam partem omnium bonorum suorum. sin vero ultra quatuor sint, medietatem ex iussu legis relinquere eisdem necesse est. hoc enim ideo constitutum est, quia antiqui Romanorum legatis tantum amicis et extraneis relinquebant, ut vix aliqua pars iustis superesset heredibus.

> De testamentis.
>
> Testamentum iure factum rumpitur postumi agnatione, arrogatione, posteriore, capitis diminutione. postumi agnatione rumpitur, si preteritur postumus; set si non preteritur postumus, non rumpitur. [ideo dictum 'iure factum', quia nisi sit iure factum, rumpi non potest.][1] arrogatione rumpitur, quando quis arrogat, id est

[1]) Offenbar eine in den Text gerathene Glosse.

adoptat, sibi filium. posteriore rumpitur prius, si post prius testamentum fecerit secundum, sive ex secundo adiit quis hereditatem sive non, ita si tamen pocciat[1]) esse heres. capitis diminutione semper rumpitur, nisi forte sit civis romanus et in tempore mortis sit sui iuris, id est emancipatus. Testamentum iure factum aliud ruptum, aliud destitutum, aliud irritum. illud dicitur destitutum, quod cum sit factum cum omni iuris sollempnitate, nemo existit ex eo heres, vel quia noluit, vel quolibet alio casu. irritum testamentum non accipitur nisi illud quod capitis diminutione infirmatur, nec vocatur ruptum, quod rumpitur aliud arrogatione, aliud posteriore, aliud quolibet alio modo rumpitur.

Bei dem ersten der beiden Capitel ist bemerkenswerth, dass es den Falcidius (wahrscheinlich nach Isidor. Orig. V, 15, 2) richtig als Tribunen bezeichnet, während die Accursische Glosse (glo. Lex Falcidia ad L. 1 pr. D. ad L. Falc. 35, 2) ihn zum Consul macht und auch noch von der Ansicht Anderer berichtet, wonach das Gesetz benannt wäre „a falce, quia resecat ut falx“. Freilich könnte man geneigt sein, dem Verfasser nach einer anderen Seite desto grössere Unkenntniss vorzuwerfen, insofern er nämlich offenbar die quarta Falcidia mit der Falcidia im Sinn von Pflichttheil verwechselt. Allein dieser Vorwurf trifft in der That nicht ihn, sondern seine gesetzliche Quelle: Iul. Epit. XXXIV, 1. Rechnet man ihm dieses, wie billig, zu gut, so trägt seine Arbeit offenbar so wenig das Gepräge von Unwissenheit und Ungeschicklichkeit, dass man vielleicht versucht sein könnte, sie ganz nahe an das Alterthum heranzurücken. Es wird daher noch darauf ankommen, die früheste Zeit zu bestimmen, welcher die bei der Zusammenstellung des Turiner Stückes benutzten Quellen zugetheilt werden können. Dazu bietet wieder das Capitel De gradibus cognationis eine Handhabe. Man wird von vornherein vermuthen dürfen, dass die anderen ungefähr aus der gleichen Zeit herrühren. Zudem kommen sie in der Knapp-

---

[1]) So die Prager Glosse (nr. 3) zum Petrus (die Turiner Handschrift hat „paccat“). Diese romanische Form deutet auf das nördliche Frankreich. Doch ist das Stück kaum in Frankreich ursprünglich entstanden.

heit des Stils mit jenem überein. Ueberhaupt ist der Stil des ganzen Stückes durchweg so einheitlich, dass wesentlich doch nur eine einzige Quelle ausgebeutet zu sein scheint.

Die sog. canonische Gradberechnung, wonach Geschwister in der ersten, Geschwisterkinder in der zweiten Generation stehen u. s. w., findet sich zuerst in einem Schreiben Gregor's d. Gr. an den Bischof Augustinus in England, wovon c. 2 § 5 C. 35 q. 5 das entscheidende Bruchstück mittheilt; und zwar ist sie nicht etwa veranlasst durch Einflüsse des germanischen Rechtes, sondern durch die Bibel.[1]) Gregor gibt in diesem Schreiben die Ehe in der dritten oder vierten Generation noch frei; allein sehr bald entwickelte sich eine grössere Strenge, und im 8. Jahrhundert kam, gestützt auf die Bibel (Levit. XVIII, 6), der allgemeine Grundsatz zur Geltung, dass überhaupt Verwandte einander nicht heirathen dürften.[2]) Jetzt machte sich aber, zumal im Hinblicke darauf, dass alle Menschen nach der Bibel doch schliesslich von einem einzigen abstammen, das Bedürfniss geltend, die Grenze der Verwandtschaft zu bestimmen. Hiefür bot sich ein doppelter Anhaltspunkt. Erstens die in Burchard's Decret als zweite Hälfte des oben (S. 163 fg.) abgedruckten Capitels aufgenommene Stelle des Isidor (Orig. IX, 6 in f.), welche man jetzt in dem Sinn verstand, dass die Verwandtschaft mit der sechsten Generation endige. Zweitens eine Aeusserung des sog. Westgothischen Breviars, wonach über den siebenten Grad, d. h. so, wie man es jetzt verstand, die siebente Generation, hinaus keine Verwandtschaft mehr angenommen werden könne.[3]) Nun konnte man aber glauben, Isidor sei mit dem Breviar sachlich ganz einig, weil der Verwandtschaftsbaum, welcher jener Stelle der Origines unmittelbar vorausgeht, in der That nicht sechs, sondern sieben

---

[1]) S. Petrus Damiani, De parentelae gradibus cap. VI. (Patrologiae ed. Migne tom. CXLV. col. 196 sqq.). Diese Schrift, gegen die romanisirenden Juristen in Ravenna gerichtet (s. oben S. 160 Anm. 2), welche in cap. I. ausdrücklich erklärt, dass sie nichts weiter bringe, als was „a maioribus traditum" sei, gibt über diese Berechnungsart und was damit zusammenhängt, den vollständigsten Aufschluss. — [2]) S. Gregor. II. in Conc. Rom. a. 721 c. 9: „Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit, duxerit in uxorem, anathema sit." — [3]) Lex Rom. Visig. Paul. IV, 10 sent. 8 cum Interpr. Vgl. wegen des bisher Gesagten z. B. Walter, Lehrb. d. Kirchenrechts 13. Ausg. § 310.

Descendentengrade verzeichnet. Und man konnte demnach den ganzen Unterschied darauf zurückführen, dass Isidor nicht den „Ipse“, sondern erst „filius, filia“ als truncus betrachte, von welchem aus die Generationen zu rechnen seien. So erklärt sich die doppelte Art der Generationenberechnung völlig ungezwungen, auf welche bereits in einem Schreiben des Rhabanus Maurus (c. a. 847) angespielt wird.[1]) Im 9. Jahrhundert wurde aber, namentlich auch in den Pseudo-Isidorischen Decretalen, wiederholt scharf betont, nicht nur, dass zur Vermeidung des Incestes die Ehe verboten sei, soweit irgend die Verwandtschaft reiche und wegen Verwandtschaft ein Erbrecht gewährt werde, sondern auch, dass sich die Verwandtschaft bis zur siebenten Generation erstrecke.[2]) Und wer denn nun recht sicher gehen wollte, der nahm an, dass, filius et filia als truncus betrachtet, noch sieben Generationen, also, den „Ipse“ als truncus angesehen, acht Generationen zu rechnen seien. Darin wurzelt, wie doch wohl nicht zu bezweifeln, die Darstellung des Capitels De gradibus cognationis in dem Turiner Stücke, und die Hauptquelle des letzteren kann daher nicht wohl früher als etwa in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts entstanden sein.

Endlich berufe ich mich noch auf das oben S. 124 Nr. 8 aufgezählte Stück der nämlichen Turiner Handschrift fol. 86[a]—88[a], welches schon darum in das 9. Jahrhundert zu setzen ist, weil (nach Schrader) am Rande keine jüngeren kirchenrechtlichen Quellen als solche des 9. Jahrhunderts citirt sind.[3]) Es enthält unter anderen die folgenden beiden, bereits von Schrader veröffentlichten Capitel:

---

[1]) S. J. H. Boehmer, Ius eccles. Prot. l. IV. tit. XIV. § XII. Auch begreift man jetzt, warum die Auffassung von filius und filia als truncus bei Burchard dem Isidor ausdrücklich zugeschrieben wird. — [2]) S. z. B. c. 1, 2, 7 C. 35 q. 2, Walter a. a. O. zu Anm. 22 ff. — [3]) S. Schrader, Prodromus p. 147 in nota 6. Trotz dieses Momentes, welches man bisher stets und mit Recht für die Altersbestimmung als entscheidend angesehen hat, und worauf auch in meinen Jurist. Schriften des früheren MA. S. 22 hingewiesen ist, erklärt Conrat S. CLIX, CLXXV vbd. CCXL das Stück für „spätmittelalterlich“, weil — Anklänge an das von mir a. a. O. mitgetheilte Bruchstück auch bei den Glossatoren vorkommen.

De petitione dotis.

Si vir moritur, petitio dotis est annua bima trima, id est in primo anno potest peti una pars, secundo secunda, tertio tertia. et magis valet, si ipsa dos legetur a marito uxori, quia ea tunc simul et semel habetur.[1])

De actione usucapti.

Si quis coepit usucapere bona fide, postea scit rem alienam esse, non potest usucapere. alibi dicitur, quod potest. quod sic solvitur: quando scit alienam esse et vult eam tradere domino si invenerit eum, usucapiet. sed si non vult tradere domino sed contrectat, furtum facit et non potest usucapere. Contrectare est animo furandi baiulare.

Das erste Capitel steht auf dem Standpunkte des vorjustinianischen Rechtes, das zweite erscheint, wie schon Schrader mit Recht bemerkt hat, als Vorläufer des canonisch-rechtlichen Erfordernisses der bona fides continua für die Ersitzung. Den Charakter der Wissenschaftlichkeit wird man beiden nicht bestreiten.[2])

Bei einem Rückblicke auf die gelieferten Nachweise wird man wohl auch das Dasein einer wirklichen Rechtswissenschaft im „früheren Mittelalter“ nicht bezweifeln können. Der Hinweis auf die Turiner Glossen und die besprochenen beiden Stücke der anderen Turiner Handschrift als wichtig für die Kenntniss und Beurtheilung der frühmittelalterlichen Rechtsliteratur tritt aber keineswegs jetzt und hier zum ersten Mal auf, sondern er findet sich bereits sehr nachdrücklich auch in Schrader's Prodromus und in früheren Schriften von

---

[1]) Vgl. L. 1 § 2 D. de dote praelegata 33, 4. — [2]) Der nur im Sinn von tragen schon antike, in der allgemeineren Bedeutung von leiten, handhaben erst romanische Ausdruck „baiulare“ findet sich in diesem Sinn in den Formul. Marculfi I. c. 1, ferner nach Du Cange in einer anderen französischen Quelle und (in der Form baiolare) in einem Schriftstücke aus St. Gallen. Er ist nach gefälliger Mittheilung des Herrn Prof. Suchier in Frankreich, und zwar sowohl im provençalischen als bailar wie im altfranzösischen als baillier, gewöhnlich, in Italien dagegen (als baliare) selten. Da auch „magis valet“ = „il vaut mieux“ seinem Urtheil zufolge nach Frankreich weist, so ist die Heimat dieses Stückes wohl in Frankreich zu suchen.

mir. Es darf deshalb mit Recht befremden, dass Conrat darauf mit keiner Silbe eingegangen ist, zumal da er doch schon in der Vorrede eine „erschöpfende Erörterung" verspricht und S. CL nicht nur wiederholt erklärt, er habe „im wesentlichen Vollständigkeit beabsichtigt, soweit sich ein Argument nur irgend fassen liess", sondern sogar noch hinzufügt, er habe sich — freilich vergeblich — „abgemüht, die Zahl der Momente, welche mit einigem Schein zur Unterstützung der gegnerischen Ansicht angeführt werden können, zu vermehren". Diese bestimmten Erklärungen muss ich natürlich achten, begreife aber freilich die Methode nicht, nach welcher Conrat bei jener Bemühung verfahren ist. Denn bloss nach dem Eindrucke seines Buches müsste man eher glauben, er sei allem, was ihn irgend zu dem Zugeständnisse einer „frühmittelalterlichen" Rechtswissenschaft hätte nöthigen können, ängstlich aus dem Wege gegangen. So hat er zwar nach S. CCLXXXIX eine Reise nach Paris gemacht, um zahlreiche Glossatorenhandschriften zu vergleichen; auch hat er mit wahrhaft staunenswerthem Aufwande von Zeit und Fleiss (s. S. CCCXXII ff.) eine grosse Anzahl nichtjuristischer Glossare des früheren Mittelalters durchgearbeitet: jenes, um mir überall beweisen zu können, dass das, was ich für „frühmittelalterlich" halte, auch bei den Glossatoren vorkomme, also (?) „spätmittelalterlich" sei, dieses, um für die nun einmal nicht zu leugnenden Anklänge an das Alterthum in der „spätmittelalterlichen" Rechtsliteratur eine die Annahme einer „frühmittelalterlichen" Rechtswissenschaft ersparende Vermittelung zu gewinnen. Dagegen die Schrader'schen Abschriften der Turiner Handschrift D. V. 19 einzusehen, welche ihm die Tübinger Universitätsbibliothek auf ein einfaches Gesuch zugeschickt haben würde, hat er nicht für nöthig gehalten, wiewohl er darin nicht allein die mehrgedachten beiden Stücke, sondern, wie er aus meinen Juristischen Schriften des früheren Mittelalters wissen musste, sogar nicht weniger als sechs (!) der Epitome Exactis regibus nahe verwandte Schriften gefunden hätte, die ihm doch, sollte man denken, für die Untersuchung der Epitome sehr viel wichtiger hätten sein müssen als jene nichtjuristischen Glossare. Aber noch mehr. Er hat es nicht einmal der Mühe für werth erachtet, selbst nur das wenige

zu beachten, was Schrader von dem Inhalte der Handschrift durch Abdruck im Prodromus veröffentlicht hatte, ganz zu geschweigen der von mir herausgegebenen Prager Glosse zum Petrus, worin doch (nach genauer Angabe in meinen Juristischen Schriften S. 21 Anm. 11) die meisten Capitel des einen Turiner Stückes wiederkehren. Noch ungleich eigenthümlicher muss aber vollends Conrat's Methode erscheinen, wenn man erkennt, dass er sogar diejenige, doch gewiss nicht gerade umfangreiche, Schrift, welche nach seiner eigenen Versicherung (S. CCLXXXVI ff.) mit der Epitome die engsten Beziehungen hat, nämlich den Libellus de Verbis legalibus, nicht vollständig durchgelesen, sondern nur an der Hand des meinen Juristischen Schriften etc. beigegebenen Registers benutzt haben kann; denn sonst hätte ihm (S. CVII ff.) doch sofort die Verwandtschaft der ersten Worte des Prologs („Introducendis ad Romanarum noticiam legum primo sciendum est" rel.) mit den letzten Worten der Epitome („sciat necessarium esse introducendis quod supervacuum est provectis") auffallen müssen. Auch könnte nicht die Angabe der Parallelstellen aus dem Libellus in seiner Ausgabe der Epitome so viele Lücken zeigen;[1]) am wenigsten aber hätte er (S. CCCXLIV) auf den Gedanken gerathen können, dass der Name „Libellus de Verbis legalibus" erst von mir herrühre. Hienach wird man ohne weiteres anzunehmen haben, dass er auch die meisten übrigen Schriften, über deren Zugehörigkeit zur „spät"- oder „frühmittelalterlichen" Rechtsliteratur er mit mir streitet, gar nicht zusammenhängend gelesen hat! —

Habe ich bisher nothgedrungen beständig opponiren müssen, so will ich bekanntem löblichem akademischem Brauche gemäss nunmehr versuchen, wenigstens zu einem einigermaassen versöhnlichen Schlusse zu kommen. Obgleich ich nämlich Conrat nicht einräumen kann, dass vor dem letzten Drittel des 11. Jahrhunderts gar keine wirkliche Rechtswissenschaft bestanden habe, so kann ich ihm wenig-

---

[1]) So fehlt z. B. zu der Erklärung von yconomus in Epit. I, 53 der Hinweis auf die wörtlich gleichlautende Definition im Lib. de Verb. leg. c. 51 („De echonomo"): ganz sicher nur um deswillen, weil ich aus Rücksicht auf den heutigen Leser im Register als Stichwort nicht „yconomus" sondern „oeconomus" verwendet habe.

stens insofern einen Schritt entgegenthun, als ich nach Erlangung der Ueberzeugung, dass der Brachylogus nicht schon dem Ende des 10. Jahrhunderts angehört, sondern ein volles Jahrhundert jünger ist, keinen Grund mehr habe, die Rechtswissenschaft des 10. Jahrhunderts besonders hoch zu stellen. Auch lässt sich aus mancherlei Anzeichen erkennen, dass, wie überhaupt in Italien im 11. Jahrhundert die Studien einen neuen Aufschwung nahmen,[1]) auch die Rechtswissenschaft, insbesondere das römische Recht, in diesem Jahrhundert mit neuem Eifer und mit besseren Erfolgen als früher betrieben wurde. Dafür zeugt ein Blick auf die aus dem Liber Papiensis anschaulich ersichtliche Geschichte der Schule zu Pavia und ihrer Leistungen in dem genannten Jahrhundert; dafür redet aber namentlich auch der sehr beachtenswerthe Umstand, dass, wie aus dem Streite über die Art der Verwandtschaftsberechnung erhellt, um die Mitte des Jahrhunderts das römische Recht bereits so sehr erstarkt war, dass es wagen konnte, dem canonischen ein bisher unangefochten beherrschtes Gebiet streitig zu machen, und dass der Papst es für geboten hielt, diesem Angriffe mit allen Mitteln der damaligen juristischen Kunst zu begegnen.[2]) Ob diese beginnende Opposition des römischen Rechtes gegen das canonische nicht auch in der Geschichte des Investiturstreites eine Rolle spielt, diese Frage muss ich Kundigeren zur Untersuchung überlassen. Wenn man sieht, dass Petrus Crassus den Papst vorzüglich mit Berufung auf das römische Recht bekämpft, so wird man unwillkürlich zu ihrer Bejahung geneigt sein.

So wird man schliesslich dahin geführt, was doch auch das von vornherein anzunehmende und natürliche ist, dass im

---

[1]) S. Giesebrecht, De litterarum studiis etc. p. 28. Ebenso in Frankreich. S. Hist. litér. de la France t. VII. p. 74, 76, t. VIII. p. 262, meine Schrift über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus S. 31 fg. — [2]) S. auch Petrus Damiani, De parentelae gradibus ad Ioannem episc. Caesenatensem et D. D. archidiaconum Ravennatem, in prooem.: „Ravennam, ut nostis, nuper adii, quam mox periculosi erroris scrupulo turbatam vacillare cognovi. — — Et quidem ego nudis verbis ita dogmatizantibus restiti — —; quo tamen vos minime contenti dignum esse decrevistis, ut quod ore protuleram apicibus traderem atque ita non paucis sed omnibus hoc errore nutantibus facili compendio responderem.“ (Migne, Patrolog. t. CXLV. col. 191.)

früheren Mittelalter, ebenso wie im späteren und wie in der neueren Zeit, die Geschichte der Rechtswissenschaft mit derjenigen der Wissenschaft überhaupt wesentlich gleichen Schrittes gegangen sei, dass auch in ihr während der ersten Jahrhunderte nach dem Ausgange des Alterthums ein allmähliches Herabsinken stattgefunden habe, um dann, vornehmlich seit Karl d. Gr., wieder einem langsamen Emporsteigen Platz zu machen.

Aber auch die Geschichte der Ansichten über diese Dinge ist auf dem Gebiete unserer Wissenschaft gar nicht anders gewesen, als auf dem Gesammtgebiete der Culturgeschichte. Denn man nahm ja früher allgemein an, dass seit dem Ende des 11. Jahrhunderts in Italien eine plötzliche und unvermittelte Wiedergeburt der vorher so gut wie völlig erstorbenen Kunst und Wissenschaft überhaupt erfolgt sei, ein Umschwung, dessen Ursachen man lediglich in äusseren Verhältnissen, in den Kriegen zwischen Kaiser und Papst, der Rückwirkung der Kreuzzüge, der Entstehung freier Städte in der Lombardei, erblickte.[1]) Es ist Giesebrecht's grosses Verdienst, die Unhaltbarkeit dieser Vorstellung vollständig erwiesen zu haben, und bei den Historikern steht es seitdem fest, dass auch die geistige Entwickelung der Menschheit keine plötzlichen Sprünge gemacht hat, die doch auch gerade hier am wenigsten denkbar sind, dass sie vielmehr im Mittelalter wie zu jeder anderen Zeit stets in allmählichen Uebergängen verlaufen ist. Unter den Juristen hat sich jene Vorstellung länger erhalten, weil Savigny die drei ersten Bände der zweiten Ausgabe seiner Rechtsgeschichte lange vor dem Erscheinen der Abhandlung Giesebrecht's ausarbeitete, von welcher er überhaupt keine Kenntniss erlangt zu haben scheint, weil ferner den meisten Juristen die mittelalterliche Literärgeschichte zu ferne liegt, und weil endlich die grosse Auctorität des Savigny'schen Werkes eine abweichende Ansicht kaum aufkommen liess. Und doch hätte schon dieses Werk bei sorgfältiger Betrachtung Stoff genug geboten sich zu überzeugen, dass von einer gänzlich unvermittelten und unvorbereiteten Neuerstehung der Rechtswissenschaft am Ende des 11. Jahrhunderts gar nicht die Rede sein kann. Täusche ich mich nicht, so hat diese Ueber-

[1]) S. Giesebrecht l. c. p. 1.

zeugung seit einigen Jahren auch mehr und mehr Boden gewonnen, und durch Conrat's Angriff wird sie ihn schwerlich wieder verlieren.

Ich will nun noch in Kürze über den unmittelbaren Gegenstand des Conrat'schen Buches, die Epitome Exactis regibus selbst, berichten.

Conrat hat sie nach vierzehn, S. I ff. beschriebenen Handschriften herausgegeben; drei weitere sind ihm erst nachträglich bekannt geworden (S. CCCXLIX fg.). Die Grundlage der Ausgabe ist der Text der Florentiner Handschrift aus dem Anfange des 13. Jahrhunderts; die übrigen Handschriften sind überwiegend nur für die Variantensammlung und für Appendix II. benutzt (S. IV). Die Ausgabe ist im ganzen recht lesbar; doch ist Conrat öfters mit Emendationen allzu vorsichtig gewesen, und seine Interpunction lässt hie und da den Text geradezu sinnlos erscheinen. So z. B. in Epit. II, 38, wo zur Herstellung des Verständnisses der Punkt hinter „diligit" in ein Komma verwandelt, dagegen das Komma hinter „testamento" gestrichen werden muss. Die Variantensammlung ist ungemein reichhaltig und vollständig, aber gerade deswegen wenig übersichtlich und schwer zu benutzen. Dafür lässt die in der literarischen Note enthaltene Angabe der Quellen und Parallelstellen an Vollständigkeit viel vermissen. (Vgl. S. 172.)

Die Epitome selbst ist (S. CXI ff.) eine ganz planlose Zusammenstellung von allem möglichem, was der Verfasser für die „introducendi" als nützlich erachten mochte. Als zwei Hauptmassen treten in den sieben ersten Abschnitten Worterklärungen, im achten und neunten eine Uebersicht der namhaftesten Gesetze und der hauptsächlichsten actiones hervor. Die von den Actionen handelnde Partie zeigt eine auffallende, vielfach ganz wörtliche Uebereinstimmung mit dem in meinen Juristischen Schriften des früheren Mittelalters S. 117 ff. aus einer Handschrift Hänel's und einer Bamberger Handschrift herausgegebenen Tractate de natura actionum.[1]) Conrat hält

[1]) Sie führt sogar hie und da zur richtigen Ergänzung gemeinsamer Lücken der Hänel'schen und der Bamberger Handschrift. So muss es nach Epit. IX, 66 in § 38 des Tractates heissen: „ut ille per interdictum

daher (S. CCCIII fg.) diese Partie der Epitome für die Quelle des Tractates; denn gerade sie sei eine Schrift aus einem Gusse, während der Tractat vielfach nicht die Art einer unfertigen Compilation verleugne. Nach meinem Eindrucke trägt aber im Gegentheil der Tractat weit mehr das Gepräge eines einheitlichen Werkes als die Epitome; nicht zum wenigsten auch in Stil und Darstellung. Wenn man nun ferner bemerkt, dass die irrige Lehre des Tractates in § 33, wonach wer wissentlich fremdes Baumaterial in sein Gebäude einfüge, mit der actio ad exhibendum hafte, „ut de edificio abstraat proprioque domino restituat", in Epit. IX, 62 mit den Worten berichtigt wird: „et ad exhibendum, non ut tignum cogatur eximere, sed quod intersit prestare", so wird sich darin doch kaum der Hinweis auf den Tractat verkennen lassen, und es darf sonach wohl keinem Zweifel unterliegen, dass dieser vielmehr als Grundlage der Epitome gedient hat. Um so minder, als er ja auch in der Schrift des Placentinus De varietate actionum benutzt ist.[1])

Fast eben so enge Beziehungen lässt (S. CCLXXXVI fg.) die erste Hauptmasse der Epitome zu der Expositio terminorum (meine Jurist. Schriften etc. S. 158 ff.), ganz besonders aber zu dem Libellus de Verbis legalibus (ebend. S. 181 ff.) erkennen, und Conrat (S. CCLXXXVIII) ist daher wiederum zu der Annahme geneigt, dass der Verfasser des Libellus aus der Epitome geschöpft habe, ohne freilich die Frage irgend näher zu prüfen. Mich dünkt, dass auch hier weit eher das umgekehrte anzunehmen wäre. Denn wenn es z. B. in Epit. I, 55 heisst: „Xenodochium est domus hospicio peregrinantium deputata, ut quidam dicunt", diese Erklärung aber verworfen wird zu Gunsten der anderen, wonach xenodochium gleichbedeutend mit xenon sei und wie dieses bezeichne: „domum in qua senes et valetudinarii, id est infirmi, recipiuntur": so ist doch gewiss nicht zu glauben, dass der Verfasser des Libellus hieraus gerade nur die missbilligte Definition auf-

utrobi rei mobilis *[aut per interdictum uti possidetis rerum inmobilium possessionem retineat]*, qui tempore" rel. Ferner ist in § 43 nach Epit. IX, 72 so zu ergänzen: „et in eo quadruplo *[continetur rei restitutio." — —]*.

[1]) Vgl. meine Juristischen Schriften etc. S. 58.

genommen haben sollte, wie er vom Standpunkte Conrat's es doch in c. 59 gethan haben müsste. Dagegen liesse sich in dem „ut quidam dicunt" sehr füglich eine Hinweisung auf den Libellus erblicken, und diese Deutung liegt um so näher, wenn die Epitome fortfährt: „Brephotrophium dicunt domum esse in qua infantes aluntur, et nosocomium in qua iuvenes educantur", und wenn nun auch hier sehr ähnliche Erklärungen im Libellus c. 59 wiederkehren. Auch noch manches andere liesse sich im gleichen Sinn verwerthen. Ich glaube aber in der That nicht, dass eine der beiden Schriften für die andere benutzt worden ist, und zwar, weil sie nicht selten Verschiedenheiten aufweisen, welche bei Voraussetzung dieses Verhältnisses unerklärlich bleiben müssten. So z. B. gleich in der Definition von nosocomium, welches im Libellus nicht als Erziehungsanstalt, sondern annähernd richtig so erklärt wird: „nosochomum est ubi iuvenes aluntur egroti". Ferner in der verwandten, aber doch abweichenden Art der Erklärung von accessio in Epit. VI, 44 und Lib. de Verb. leg. 46, in der Aufzählung der instrumenta agrorum colendorum bezw. fundi in Epit. VI, 100 und Lib. l. c. u. dgl. m. Der Grund der vielfachen Uebereinstimmung kann daher in nichts anderem als in einer den beiden Schriften gemeinsamen Quelle erblickt werden.

Als den Verfasser der Epitome vermuthet Conrat (S. CCLVIII ff.) einen in grammatischer Schule aufgewachsenen Juristen, der vielleicht Antonius geheissen habe. So ausführlich und eingehend aber diese doch ziemlich gleichgültigen Fragen behandelt sind, so kurz und oberflächlich werden (S. CCXCIX fg.) die Hauptfragen nach der Entstehungszeit und der Herkunft des Werkes abgefertigt. Was die erste anlangt, so setzt Conrat völlig willkürlich und ohne irgend einen nur halbweg stichhaltigen Grund die Abfassung in die Zeit um 1125. Als die wahrscheinlichste Heimat aber erscheint ihm trotz von ihm selbst (S. CCXCII ff.) nachgewiesener bedeutender Verschiedenheiten von der Glossatorenliteratur und weitgehender Uebereinstimmung mit den Schriften der französischen Schule immer noch das lombardische Italien, „da er nicht annehmen möchte, dass schon in so früher Zeit, zumal vor den quatuor doctores iuris, die Glossatorenschule ein solches

Ansehen gehabt hat, um auch weit ausserhalb ihres Stammsitzes wirken zu können". Das ist aber doch gewiss alles recht wenig überzeugend, und ich will daher meinerseits den Versuch machen, zu einem festeren Ergebnisse zu gelangen.

Auf die Heimat weist am unmittelbarsten hin Epit. VI, 52: „Pretorium est pignus illud pignus quod alicui a iudice datur, quod vulgo alicubi dicitur namium". Namium gehört nach Du Cange der normannisch-englischen Rechtssprache an, und man darf demnach schliessen, dass die Schrift zwar wohl nicht im normannisch-englischen Gebiete selbst, doch aber nicht weit davon entstanden sei; denn in einer weit entlegenen Gegend, namentlich in Italien, hätte zu einer solchen Bemerkung gar keine Veranlassung sein können. Nimmt man noch die engen Beziehungen zu dem ohne Zweifel in Nordfrankreich verfassten[1]) Libellus de Verbis legalibus hinzu sowie den sehr beachtenswerthen Umstand, dass nach Conrat S. II fg. die älteste bekannte Handschrift der Epitome, nämlich diejenige des Herrn Bellin zu Lyon, nordfranzösischen Ursprung verräth, und dass (Conrat S. XI fg.) die alten Druckausgaben der Epitome auf einer in Caen gefundenen Hand-

[1]) S. meine Jurist. Schriften etc. S. 40. „Die Annahme nordfranzösischen Ursprungs durch Fitting", meint Conrat S. CCLXXXII, „ist durch seine eigenen Angaben nicht genügend motivirt." Ich hatte ja aber hier auf diesem mir (und doch wohl auch Conrat) gänzlich fremden Gebiete nicht meine eigene Weisheit ausgekramt, sondern einen sehr zuständigen Gewährsmann genannt. Ich habe mich nun aber nochmals bei meinem jetzigen Collegen, Herrn Professor Suchier, befragt und kann danach sogar mit noch grösserer Sicherheit auftreten. „Guarantus" nämlich und „enterciare" sind ganz specifisch nordfranzösisch, denn jenes hat im provençalischen die Form guaren, dieses kommt darin gar nicht vor. Nicht minder ist „emere in tasco" nordfranzösisch. „In tasco" findet sich noch jetzt in der Form „ès taxhe", und zwar nur mit acheter verbunden, im heutigen Lütticher Dialecte. Vgl. Bulletin de la Société liégeoise de littérature wallonne (1863) p. 387, wo das Wort aus dem deutschen „Tasche" erklärt wird. Alle anderen romanischen Ausdrücke des Libellus sind zwar nicht gerade Eigenthümlichkeiten des altfranzösischen, kommen aber darin mindestens eben so gut als im provençalischen vor. Bemerkenswerth ist bei den Formen „guarantus" und „disguagiare" noch, dass im französischen das u hinter g in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts verschwindet, das Vorhandensein desselben also schon für sich allein auf die Zeit vor etwa 1160 schliessen lässt.

schrift beruhen, von welcher es in der Vorrede zu der ältesten von 1582 heisst, es seien „exemplaris literae fugientes et vetustate iam paene consumptae", so dass man ihr ebenfalls ein hohes Alter zuzuschreiben hat: so darf man, wie mir scheint, mit ziemlicher Sicherheit auch die Epitome einem nördlicheren Theil Frankreichs zuweisen.

Für die Bestimmung des Alters der Schrift gewährt den nächsten Anhalt die Art der Citate, welche durchweg bereits die bekannte charakteristische Form der Bologneser Schule zeigen.[1]) Jedoch fehlt überall die Angabe der einzelnen Leges; auch sind die Titelrubriken fast allenthalben vollständig und ohne Abbreviaturen ausgeschrieben, was beides an sich auf eine frühere Zeit jener Schule hinzudeuten scheint.[2]) Indessen kann man nicht wissen, ob nicht der Verfasser seine Citate einfach vom Rande einer älteren Vorlage abgeschrieben und seinerseits nur bei der Aufnahme in den Text ein wenig nach der Uebung seiner Zeit umgeformt hat, und für diese Annahme spricht namentlich die von Conrat (S. LXIX fg.) nachgewiesene grosse Ungleichmässigkeit der verschiedenen Theile der Schrift im citiren, wonach der Verfasser in der That gar nichts aus eigenen Mitteln beigesteuert zu haben scheint. Der Schluss aus der Citirart auf Entstehung schon in den Anfangszeiten der Bologneser Schule ist daher ein sehr unsicherer, welchem bloss dann ein gewisses Gewicht beigelegt werden könnte, wenn er durch andere Momente unterstützt würde. Dies ist aber keinesweges der Fall; im Gegentheil weisen verschiedene zusammentreffende Umstände mit Bestimmtheit auf einen erheblich späteren Ursprung hin. Zuvörderst die Entstehungszeit der Handschriften, von denen keine über das Ende des 12. Jahrhunderts zurückgeht. Sodann aber namentlich die folgende Beobachtung. Epit. IX, 29

---

[1]) Z. B. Epit. I, 14: „ut D. de origine iuris et D. et Co. de officio prefecti urbani". S. die Zusammenstellung bei Conrat S. LXIX fg., welche jedoch nicht ganz vollständig ist, da auch Epit. IX, 11, 88 Hinweisungen auf die Digesten enthalten. Conrat bestreitet freilich S. CXLVI) auffallenderweise die glossatorische Form der Citate, aber gegen den klaren Augenschein. — [2]) Vgl. meine Schrift: Glosse zu den Exceptiones des Petrus S. 20 fg., meine Jurist. Schriften etc. S. 67 fg.

gibt von der actio, welche litteris begründet werde, die nachstehende Darstellung:

> Litteris, ut condictio que odio desidie in eum qui, cum spe future numerationis scriberet se debere quod ei numeratum non est, numeratione non secuta infra biennium non repetit cyrographum, introducta est, ut exclusa exceptione non numerate pecunie omnimodo cogatur solvere quod scripsit se debere. vel, ut alii dicunt, intra biennium qui opponit exceptionem non numerate pecunie, non cogitur eam probare, sed post biennium, si non probaverit sibi numeratum non fuisse, tenetur ad solvendum.

Hiemit wird eine bekannte Streitfrage der Glossatoren vorgetragen. Als Urheber der Ansicht, welche hier den „alii" zugeschrieben wird, wird aber in allen Stellen der Glossatorenliteratur, welche von dieser Streitfrage handeln, so einstimmig Jacobus genannt, dass es völlig willkürlich wäre, an der Richtigkeit dieser Thatsache zu zweifeln,[1]) zumal da selbst in der jüngsten (Bamberger) Form des Tractates De vita actionum § 15 (meine Jurist. Schriften etc. S. 177), wiewohl

---

[1]) S. Dissensiones Dominorum ed. Haenel: Vet. coll. 40, Roger. 11, Hugol. 20; Azo in Summa Cod. IV, 30 § 6, in Lectura Cod. ad L. 8, 14 C. de non num. pec. 4, 30; glo. religionem ad L. 13 C. eod., glo. nullo modo ad L. 14 C. eod. In den Dissens. Dom. Cod. Chis. 114, Hugol. 238 wird neben Jacobus auch sein Zeitgenosse Hugo genannt, und dies sind denn wohl die „alii" der Epitome. — Da Conrat die vorstehenden Stellen in der literarischen Note selber citirt, so ist es recht auffallend, dass er das darin liegende klare Zeugniss für die Entstehungszeit der Epitome bei der Bestimmung des Alters derselben weder verwerthet noch selbst nur berührt hat, ja (S. CCC) im Gegentheil sogar „die Enthaltung von Berufungen auf die bekannten Häupter der Schule" als Beweisgrund benutzt. S. auch S. CXLVI, CXLVII. Dieses schwer begreifliche Versehen fällt aber bei Conrat's Arbeit um so stärker in das Gewicht nicht allein, weil er S. CCLXXXIX sich viel zu gute thut auf seine durch „langwierige Nachforschungen" erlangte „Sicherheit des Urtheils" darüber, „ob die ganze Glossatorenliteratur, zumal die ältere, einen bestimmten Satz der Epitome kennt oder nicht kennt", sondern auch und namentlich, weil er ausgesprochenermaassen (S. CXVI, CXLVI fg.) nur wegen dieses Versehens die Erörterung über die früh- und spätmittelalterliche Jurisprudenz für nöthig gehalten hat, so dass denn nunmehr diese ganze Erörterung (S. CXVI—CCLVII) als völlig unveranlasst erscheint.

sie doch schon sehr entschieden die Herrschaft der Bologneser Schule zur Schau trägt und der Darstellung des Tractates in den älteren Formen mehrfach entgegentritt, noch einfach gesagt wird: „Set exceptio non numerate pecunie intra biennium tantummodo durat“, da ferner auch Vacarius in seiner um 1149 verfassten Summa pauperum und sogar das von Gross herausgegebene, zwischen 1170 und 1180 zu Paris entstandene Rechtsbuch noch ganz auf diesem Standpunkte stehen, und zwar beide, ohne selbst nur einer gegentheiligen Ansicht zu erwähnen.[1] Da nun endlich auch die ganze Haltung und Färbung der Epitome im Vergleiche zu dem Libellus de Verbis legalibus, namentlich aber zu dem oben genannten Tractate de natura actionum einen entschieden jüngeren Eindruck macht, so wird man ihr kein Unrecht thun, wenn man sie in die zweite Hälfte des 12. Jahrhunderts versetzt, und zwar eher in das letzte als noch in das zweite Drittel desselben.

Mit dieser Bestimmung des Alters und der Heimat der Epitome sind wir in die Zeit und nahezu auch in die Gegend geführt worden, welche Caillemer in der an der Spitze genannten Abhandlung zum Gegenstande genommen hat. Der bereits durch frühere Schriften um die juristische Literärgeschichte des Mittelalters hochverdiente Verfasser gibt hier nämlich in der klaren und geschmackvollen Form, um welche wir unsere westlichen Nachbarn so sehr zu beneiden haben, ein höchst anziehendes Gesammtbild des Standes und der Leistungen der Rechtswissenschaft in den englisch-normannischen Provinzen während des 12. Jahrhunderts nach Maassgabe unserer gegenwärtigen Kenntniss, jedoch mit vielfacher und werthvoller Bereicherung derselben.

Mit Recht nimmt er an (p. 5 ss.), dass in England wie in der Normandie das römische Recht schon vor der Mitte des 12. Jahrhunderts gelehrt, studirt und bearbeitet worden sei, und stellt die einzelnen Spuren und Belege sorgfältig

[1]) S. Wenck, Magister Vacarius in not. 129 (p. 229); cf. not. 158 (p. 241); Gross, Incerti auctoris Ordo judiciarius etc. (Innsbruck 1870) II, 2 § 1 (p. 170), II, 3 § 1 (p. 173), II, 8 § 1 (p. 205).

zusammen. Seit der Mitte dieses Jahrhunderts lässt sich sodann die literarische Beschäftigung mit dem römischen Rechte schon jetzt in einer ganzen Reihe von Schriften verfolgen. Von Caillemer werden ausser der bekannten Summa pauperum des Vacarius hierher die folgenden gerechnet, deren Aufzählung ich hie und da einzelne Bemerkungen beifügen will.

1) Der nach Caillemer's, wie mir scheint, richtiger Annahme um 1150 in England oder wahrscheinlicher in der Normandie verfasste sog. Ulpianus de edendo, welchen Caillemer jetzt auch in der schon früher (S. 139 Anm. 4) erwähnten Bellin'schen Handschrift gefunden hat (p. 16 ss.). Da das Werkchen in Deutschland ziemlich bekannt ist, so beschränke ich mich auf die Angabe einiger naher Beziehungen desselben zu dem Libellus de Verbis legalibus, welche den nordfranzösischen Ursprung des letzteren bestätigen. Ich citire dabei den Pseudo-Ulpian nach der Hänel'schen Ausgabe.

Ulp. p. 5: „In ius vocare est iuris experiundi causa vocare“; wörtlich gleich mit Lib. de V. leg. 36.

Ulp. p. 21: „Exceptio nihil aliud est quam actionis elisio“. Lib. 18: „Exc. est actionis elisio vel exclusio“.

Ulp. p. 39: „Est autem transactio actionis transitio“. Lib. 14: „et dicitur transactio quasi actionis transitio“.

Ulp. p. 50: „Appellare nihil aliud est quam iudicis sententiam iniquam ostendere et ab eo ad alium provocare“. Lib. 35: „Provocare et appellare idem est, dicere scilicet se ostensurum sententiam esse iniquam“.

Aehnlichkeiten zeigen auch noch Ulp. p. 49 verb. „Ita de sententiis“ rel. und Lib. 32, ferner die Glosse 179 zum Ulp. (p. 52) und Lib. 22.

Auch ist mir eine Verwandtschaft zwischen Ulp. p. 21 verb. „Exceptiones autem“ rel. und Epit. Exactis reg. VI, 78 aufgefallen.

2) Ein in der Bellin'schen Handschrift unmittelbar auf den Tractatus de actionum varietate et vita (s. S. 139 Anm. 4) folgendes Stück, von Caillemer Summa Bellinensis genannt (p. 21 ss.). Es ist dem englisch-normannischen Gebiete zuzuweisen, theils weil es in der Handschrift zwischen dem Ulpianus de edendo und grösstentheils an Bischöfe der

Normandie oder Englands gerichteten Decretalen seinen Platz hat, theils weil darin unter den Fällen, in welchen Jemand ausserhalb seiner Provinz belangt werden kann, die folgenden genannt werden: „(gratia) Delicti: si Londoniis deliquisti, ibi punieris — —. Gratia possessionis rei, ut si inventus fueris in possessione vel si emeris fundum Londoniis".

3) Der von Schulte in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie, phil.-hist. Classe LXX (1872) S. 285 ff. veröffentlichte Ordo iudiciarius des Codex Bambergensis (p. 24 ss.), welchen Caillemer mit Schulte in die Zeit zwischen 1181 und 1185 setzt. Die Zeit lässt sich aber sogar noch etwas genauer bestimmen; denn in dem Beispiel einer Verurtheilung heisst es: „Ego Iohannes, Dubuliensis Ecclesiae archiepiscopus, cognitor causae — — Arturum condemno". Nun war aber Johannes Comyn Erzbischof zu Dublin vom 21. März 1182 bis zum 25. Oktober 1212. Folglich kann die Schrift nicht früher als im Sommer 1182 verfasst sein.

4) Die ebenfalls von Schulte aufgefundene und in den genannten Sitzungsberichten LXVIII (1871) S. 37 ff. beschriebene Summa decreti Lipsiensis, nach einer als Beispiel gebrauchten Anklageformel im Jahr 1186 von einem englisch-normannischen Canonisten verfasst, vielleicht von dem Urheber auch des vorhin genannten Ordo iudiciarius. In dem Werke werden ausser canonisch-rechtlichen Quellen häufig alle Theile des Corpus iuris: Pandekten, Codex, Authenticum und Institutionen, einmal auch sogar die Lombarda citirt. Dagegen beruht Schulte's Annahme einer Kenntniss und Benutzung des Codex Theodosianus wegen des Citats: „ut C. t. de mandatis principis l. I." bloss auf einem Missverständniss der, wie seit seiner Abhandlung nachgewiesen, sehr häufig vorkommenden Abbreviatur t. für titulus.

5) Die 1536 von Justin Gobler unter dem Titel: „Summa Othonis de ordine iudiciario" herausgegebene Schrift, welche sich (unvollständig) auch in der Bellin'schen Handschrift findet und hier so beginnt: „Incipit de edendo summa que dicitur Olim", so dass sie danach als Summa Olim bezeichnet werden muss. Schon in diesem Titel mit dem von K. Witte (Halle 1853) herausgegebenen Ordo iudiciarius des Ricardus

Anglicus verwandt („Incipit ordo iudiciarius magistri Ricardi de edendo R. Olim edebatur"), kommt sie mit demselben auch in der Methode überein, zuerst Rechtssätze aufzustellen und diese sodann durch vollständig wiedergegebene Gesetzesstellen zu belegen, — beiläufig: die nämliche Methode, welche Gratian in seinem Decrete befolgt hat. Dass hier eine Schrift des Glossators Otto Papiensis, des Schülers des Placentinus und Lehrers von Carolus de Tocco, vorliege, hat bereits Savigny (IV. S. 381 fg.) für bezweifelbar erklärt, und Caillemer sucht es durch eine Reihe von Gründen wahrscheinlich zu machen, dass die Summa vielmehr der englisch-normannischen Schule angehöre. Indessen wird doch wohl der Zweifel gegen die Urheberschaft des Otto aufgegeben werden müssen, da der Summa in der Königsberger Handschrift die folgende Bemerkung vorausgeht:

> Inter ceteras facultates ars iuris et equi obtinet principatum; ea enim divina et humana gubernantur, maiores minoribus preponuntur et minores maioribus subiciuntur; ea enim quelibet negotia diffiniuntur. eius non minima pars est et ordo iudiciarius, cuius perfectio in hac minima et compendiosa conditione ab Ottone Papiense edocetur. sumit enim principium a libello conventionali, qui primum tenet locum in ordinario iudicio. Olim etc.[1])

Scheidet sonach diese Summa aus, so gehört doch wiederum hierher

6) die Practica legum et decretorum edita a magistro W. de Longo Campo, ein Werk des Wilhelm von Longchamp, welcher, in Frankreich geboren und wahrscheinlich aus einer normannischen Familie stammend, zuerst im Dienste des Herzogs der Bretagne, Gottfried, stand, dann aber in den Dienst des Königs Richard Löwenherz eintrat, welcher ihn zu seinem Kanzler und 1189 zum Bischofe von Ely, sodann 1190 für die Zeit seiner Abwesenheit wegen des Kreuzzuges zu seinem unumschränkten Statthalter machte.

---

[1]) S. Catalogus codicum manuscriptorum Bibliothecae regiae et universitatis Regimontanae. Fasc. I. codd. ad Iurisprudentiam pertinentes digessit et descripsit Aem. Iul. H. Steffenhagen (Regimonti MDCCCLXI) p. 16 sq.

Johann ohne Land liess ihn jedoch schon in dem nämlichen oder dem folgenden Jahre absetzen, und er musste nach Frankreich flüchten, wo er 1197 zu Poitiers starb (p. 43 ss.). Die Practica, ohne Zweifel zwischen 1183 und 1189 verfasst (p. 47 ss.), findet sich, leider nur unvollständig, in einer Handschrift der Pariser Nationalbibliothek und ist zwar schon in dem alten Handschriftenverzeichnisse derselben erwähnt, blieb aber bis auf die jüngste Zeit gänzlich unbeachtet. Erst Hauréau hat in der Histoire littéraire de la France t. XXVIII (1881) p. 498 auf sie aufmerksam gemacht (p. 49), und Caillemer gibt sie in seiner Schrift (p. 50—72) zum ersten Mal in sehr befriedigender Weise heraus.[1])

Zu allen diesen Schriften darf wohl auch noch die in der Turiner Handschrift D. V. 19 fol. 84^b—85^b enthaltene, in meinen Jurist. Schriften etc. S. 22 Nr. 9 erwähnte Schrift „De significatione verborum legalium“ gestellt werden, weil die darin vorkommenden Erklärungen: „Venaliciarius etiam est qui vulgo dicitur mercer“ und „Lautumię. arum. est quoddam genus tormenti inventum a Tarquinio Superbo, quod vulgo cep vocatur, ubi homines ponuntur“ nach dem Urtheil des Herrn Professor Suchier auf englisch-normannischen Ursprung schliessen lassen. Diese Schrift dürfte leicht die älteste von allen genannten sein.

Ich glaube diese Anzeige nicht passender schliessen zu können als mit der Wiedergabe zweier von Caillemer mitgetheilter interessanter Stellen: die eine ein Beweis, dass es um die Scheide des 12. und 13. Jahrhunderts im englisch-normannischen Gebiete an Rechtskundigen nicht mangelte, die andere der beste Beleg, dass damals in diesem Gebiete nicht nur die Quellen des Justinianisch-römischen Rechtes allgemein bekannt waren, sondern dieses Recht auch im Volksbewusstsein eines hohen Ansehens genoss. Die erste (p. 40 s.) besteht in folgender Aeusserung des Papstes Innocenz III. in einem

[1]) Die einzige Unebenheit im § 33 (p. 66, 67) verschwindet, sobald man in dem Satze: „cum de rei vendicatione agitur si non res sit mobilis, si non immobilis“ und ebenso in dem entsprechenden späteren statt „si non“ „siue“ liest, was in der sehr gewöhnlichen Abkürzung siũ sehr leicht als sin̄, d. h. sinon, gelesen werden konnte.

Schreiben vom 22. November 1208 an den damaligen Bischof von Bayeux, Robert des Ablèges:

> Cum in iure peritus existas et copiam habeas peritorum, non possumus non mirari, quod super quibusdam iuris articulis nos consulere voluisti qui nihil aut modicum dubitationis continere noscuntur.

Die zweite (p. 12) ist einem Gedichte des englisch-normannischen Dichters Gautier Map über das Jüngste Gericht aus dem Ende des 12. Jahrhunderts entnommen und lautet so:

> Cogitate miseri, qui et quales estis,
> Quid in hoc iudicio dicere potestis,
> Ubi nullus Codici locus et Digestis!

V.

Die Latini Iuniani und das Berliner Fragment de dediticiis.

Von
Herrn Professor **A. Schneider**
in Zürich.

Gleichzeitig mit meiner Untersuchung über die lex Iunia (Norbana) [diese Zschr. rom. Abth. 5, 225] erschien die Abhandlung von Brinz über die Freigelassenen der lex Aelia Sentia und das Berliner Fragment von den Dediticiern. Und da Brinz von der Annahme, dass die lex Aelia Sentia vor die Iunia falle, als einer zweifellosen ausgeht, so muss wohl ohne anders die in der genannten Untersuchung verfochtene entgegengesetzte Annahme sich mit den Ansichten von Brinz und dem genannten Fragment auseinander setzen und dabei entweder sich bewähren oder den aus dem Fragment gewonnenen neuen Gründen weichen.

Brinz beginnt mit der sehr natürlichen und auch von mir aufgeworfenen Frage, wie es komme, dass man immer nur

von Latini Iuniani, nie von Aeliani spreche. Er meint dabei freilich, dass Scheurl, Hölder und Sohm in ihren Institutionen die Existenz von liberti Aeliani unentschieden zu lassen scheinen; indessen kann ich das nicht finden; in allen drei genannten Lehrbüchern ist keine Spur einer solchen Bezeichnung zu sehen, und wenigstens Hölder hat mir persönlich mitgetheilt, dass ihm gar kein Gedanke daran gekommen sei. Wir dürfen also gewiss sagen, dass die Nichtexistenz der Latini Aeliani ganz allgemein angenommen werde.

Diese Thatsache findet nun bei Brinz eine ganz andere Erklärung als bei mir. Während ich sie einfach so erklärte:

> Die Latini Iuniani bestanden schon, die lex Iunia war vorangegangen; die lex Aelia Sentia hat dann ihre Freigelassenen in den nämlichen Stand versetzt, in welchem die Iuniani bereits standen; auch diese neuen Freigelassenen wurden daher von den Juristen zuerst einfach als Latini („ideoque Latinus fit") nachher als Latini Iuniani bezeichnet,

schliesst Brinz seine Untersuchung mit dem Satze: „Ulpian I 12 bietet neben allen Bedenken, die er übrig lässt, doch die Sicherheit, dass es keine liberti Aeliani gab". Auch noch nach der lex Aelia Sentia, sagt er, blieben die minores XXX annorum manumissi sine consilio rechtlich servi, und das Gesetz wies nur den Prätor an, sie wie Andere im faktischen Genusse der Freiheit zu schützen.

Mir scheint auf die Frage, welche rechtliche Stellung die lex Aelia S. den genannten manumissi anwies, eine Vergleichung ihrer diesfälligen Bestimmungen mit denjenigen über Freilassungen durch domini unter 20 Jahren Licht zu werfen. Stellen wir diese Vergleichung zunächst auf Grundlage der Nachrichten von Gajus an. Man könnte denken, dass in beiden Fällen der Mangel des gehörigen Alters ganz die gleichen Folgen gehabt habe; allein dem ist keineswegs so. Gemeinsam sind denselben nur die causae probatio und deren Wirkung, sie hebt den Mangel (Gaj. I, 38 und 39); aber der ohne causae probatio manumissus wird im einen Falle ganz anders behandelt als im andern:

a. ein servus minor XXX annorum wird manumittirt; da heisst es:

lex non aliter voluit eum civem R. fieri quam si vindicta apud consilium justa causa adprobata liberatus fuerit (Gaj. I, 18); er kann aber — nicht etwa erst frei, sondern — civis R. fieri, wenn er zum heres necessarius eines insolventen Herrn eingesetzt ist (Gaj. I, 21);

b. ein dominus minor XX annorum manumittirt:

lege non aliter manumittere permittitur quam vindicta apud consilium justa causa adprobata. (Gaj. I, 38). Ja es kann der mündige minor XX a. sogar im Testament licet in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit doch libertatem servo non dare (Gaj. I, 40).

Der Gegensatz zwischen beiden Fällen liegt, wie mir scheint, klar zu Tage:

Im ersten Falle handelt es sich gar nicht um die Frage, ob der manumissus frei werde oder nicht. Dass er überhaupt frei wird, ist von Gajus vorausgesetzt; es frägt sich nur, ob er auch römischer Bürger werde oder nicht;[1])

im zweiten aber wird der servus gar nicht frei; die versuchte Freilassung ist ganz wirkungslos, null und nichtig.

Ja während im ersten der libertus Orcinus heres institutus der Regel nach sogar römischer Bürger wird, ist im zweiten auch die manumissio testamento gar nicht möglich, auch die libertas legata nichtig, obgleich sonst alle Legate des

---

[1]) Puchta nimmt in seinem Cursus der Instit. 6. Aufl. Bd. II p. 385 A. xx an, das Schicksal des minor sine causae probatione manumissus sei je nach der Art der manumissio ein verschiedenes gewesen. Nämlich bei der manumissio vindicta sei er peregrinus geworden, censu Sclave geblieben, testamento rechtlich Sclave geblieben, aber in libertate morans, was dann die lex Iunia in Latinität verwandelt habe, und was später auch auf die vindicta Manumittirten erstreckt worden sei. Allein Ulpian spricht gegen diese Behandlung der vindicta manumissi (s. u. pg. 189 u. ff.) und wenn man von ihm absieht, so bleibt gar kein Grund mehr übrig zu einem Unterschiede. Immer aber müsste es befremden, dass die lex Aelia S., wenn vor der Iunia erlassen, so stillschweigend, oder nur argumento a contrario, die bis dahin unerhörte Bestimmung getroffen haben sollte, dass gewisse liberti zwar allerdings frei, aber nur peregrini werden sollten.

pubes gültig sind; nicht einmal zum Latinus kann der junge Herr ohne causae probatio den servus machen (Gaj. I, 41.[1])).

Wäre diese letztere Bestimmung deutlich als Inhalt der lex Aelia Sentia bezeichnet, so würden wir damit einen schlagenden Beweis für die Posteriorität dieses Gesetzes gegenüber der Lex Iunia haben; aber das ist nicht der Fall; vielmehr fängt schon im vorhergehenden Paragraphen der Commentar des Gajus zum Gesetze an.

Das aber scheint mir immerhin klar zu sein, dass nicht nur Gaius, sondern das Gesetz selbst den Unterschied in der Wirkung der beiden Manumissionsakte macht. Ist das richtig, so hat die lex Aelia S. den minor XXX a. manumissus sine c. doch in der That dem schon vorhergehenden Rechte gemäss als Freien anerkannt, ihn aber zum Nichtbürger, und zwar wohl zu dem dem civis am nächsten stehenden Latinus degradirt, und ich vermag nicht einzusehn, wie es zu umgehen wäre, ihn Latinus Aelianus zu nennen, wenn ein solcher Latinus im Gegensatze zum coloniarius noch gar nicht existirte.

Sehen wir nun zu, wie sich zu dem Gesagten die Nachricht des Ulp. I 12 über die manumissi minores XXX annorum stellt.

Der erste Satz dieses Paragraphen stimmt mit Gajus vollständig überein. Das Folgende lautet in der — einzig vorhandenen — vaticanischen Handschrift, wie Brinz neuerdings hat constatiren lassen, folgendermassen:

> ideo sine consilio manumissum Caesaris servum manere putat; testamento vero manumissum perinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque Latinus fit.

An diesen Sätzen ist sehr Vieles bemängelt worden; man hat die drei Ausdrücke ideo, Caesaris und testamento

---

[1]) Puchta sagt l. c. Bd. II p. 383 A. 99 „Wer die lex Iunia für älter hielte, als die Aelia S., müsste die Erstreckung schon diesem Gesetz zuschreiben, wogegen die Art, wie Gaius seinen Inhalt angibt, spricht". Ich kann indessen die Richtigkeit des Vordersatzes nicht einsehn. Bis zur Aelia S. wurde eben auch der von einem minor XX a. Manumittirte Latinus wie jeder Andere; erst von dieser an bedurfte er auch dazu der causae probatio.



vero angegriffen, und Vangerow hat den ganzen Satz „ideo — putat" für ein Glossem erklärt.

Beseitigen wir zunächst die Conjectur, welche statt testamento vero lesen will lex tamen eo modo. Sie mag geistreich sein, aber mir scheint sie abenteuerlich; und gerade diejenige Aenderung, wegen deren die ganze Conjectur gemacht wird, die Ersetzung des Wortes vero durch modo, erscheint dabei am wenigsten plausibel.

Am allermeisten Anstoss hat von jeher das Wort Caesaris erregt. Man hat ausser der einfachen Streichung desselben verschiedene Emendationen vorgeschlagen, nämlich ejus aetatis oder lex Aelia Sentia, oder Senatus, oder censuve. Am meisten scheint sich diejenige von Bethmann-Hollweg zu empfehlen, welcher statt CAESARIS lesen will CAE(lius)SABI(nu)S; und der neueste Bearbeiter der Stelle, Cantarelli in Serafini's Archivio Giuridico Bd. XXX p. 49 stimmt ihm mit grosser Anerkennung zu. Er geht dabei davon aus, dass das verbum putat, welches nach der jetzigen Lesart grammatikalisch nur auf den vorhergehenden Ablativ Eadem lege (sc. Aelia Sentia) bezogen werden könnte, für ein Gesetz doch nicht passe, dass man nicht sagen könne lex putat, dass also hier wohl ein Jurist genannt sein müsse. Allein abgesehen davon, dass er selbst eine Stelle beibringt, in welcher gesagt wird, dass die 12 Tafeln putant, nämlich l. 25 D. de statulib. 40, 7, scheint er zu übersehn, dass der Name eines Juristen zu dem folgenden jubet nicht passt, dass bei letzterem wieder lex als Subject angenommen werden müsste, was doch selbst bei Ulp. von vornherein als bedenklich erscheint. Indessen haben nach Böcking (zu Ulp. l. c.) und Cantarelli schon Petitus (observ. Paris 1642 p. 201 ff.) und später Puggé (observ. duae de jure civ. Bon. 1831) die Lesart Caesaris in Schutz genommen. Beide Bücher sind mir zwar nicht zugänglich geworden, aber die Gründe, welche Böcking in einem kurzen Auszuge aus dem letzteren anführt, scheinen mir zuzutreffen; ich möchte denselben Folgendes hinzufügen:

Bekanntlich braucht Ulpian, wie überhaupt das zweite und fast das ganze dritte Jahrhundert, den Ausdruck Caesar gleichbedeutend mit princeps; der procurator und der legatus Caesaris sind ja geläufig. Der servus Caesaris erscheint in

l. 1 § 2 Dig. de off. proc. Caes. 1, 19, und bei Ulpian selbst im fragm. de jure fisci § 6[a]. Er ist ein servus fisci[1]), also ein servus publicus.

In ähnlicher Weise wird ja nach der nämlichen lex Aelia S. derjenige dediticius, welcher gegen das Verbot innert den 100. Meilenstein gekommen, dann als servus verkauft und von seinem neuen Eigenthümer manumittirt worden ist, servus populi R., Gaj. I, 27; Ulpian würde gewiss auch hier gesagt haben servus Caesaris oder fisci.

Die lex Aelia S. selbst hat freilich den Ausdruck Caesaris servum gewiss nicht gebraucht; aber ich glaube, wie das Folgende zeigen wird, dass Ulpian das auch gar nicht sagen will.

Freilich bleibt immerhin auch so der Ausdruck Caesaris servum manere ungenau; denn das war ja der Betreffende vor dem Manumissionsversuche noch nicht; wer genau sprechen wollte, musste sagen:

manumissum servum manere, sed Caesaris servum fieri

d. h. er wurde für den Caesar oder den fiscus confiscirt, seine Stellung also immerhin insoweit verbessert, als ja bekanntlich die servi publici über die Hälfte ihres Peculiums testiren konnten und auch sonst vor den privati begünstigt waren. Aber die Hauptsache war doch immerhin das servum manere, und die Zusammenziehung der beiden Gedanken in Caesaris servum manere scheint mir daher sehr erklärlich, und einem Ulpian recht wohl zuzutrauen zu sein.

Endlich das erste Wort des Satzes, Ideo. Hier möchte ich nun mit der grössten Bestimmtheit sagen: Diese Lesung ist ganz gewiss richtig und jeder anderen vorzuziehn. Lachmann hat Id est conjicirt, Huschke inde oder proinde, indem er sagt, dass das ideo der Handschr. factum puta ex pīde, wofür aber nicht der mindeste Anhaltspunkt vorhanden ist.

Ich kann mir die vorhandene Abneigung gegen das deutlich dastehende Ideo nur daraus erklären, dass das Wort nicht verstanden wurde.

---

[1]) Vgl. Marcian in l. 3 pr. de his quae pro 34, 8.

Allerdings sagen die Wörterbücher nur, dass das Wort „deswegen, deshalb“ bedeute, und auch Forcellini per ciò. Diese Bedeutung kann es freilich haben und hat es sehr oft, namentlich wenn es nicht an der Spitze des Satzes steht, oder sich etwa auf ein folgendes quod, quia, quoniam, ut, u. s. w. bezieht. Aber diese Bedeutung hat es keineswegs immer, und namentlich oft dann nicht, wenn es an der Spitze eines Satzes steht. Dann ist seine richtige Uebersetzung vielmehr oft „also, demnach“.

Zum Beweise hiefür mag eine Stelle von Celsus genügen, in welcher die beiden Bedeutungen von ideo neben einander erscheinen, l. 16 D. de cond. cau. da. cau. non sec. 12, 4: et ideo si mortuus est Stichus repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares. (Vgl. l. 6 § 2 Dig. de cond. ind., wo ebenfalls beide ideo vorkommen.)

In dieser Bedeutung eignet sich das Wort sehr gut dazu, eine eigene Schlussfolgerung des Schreibenden zu den vorangegangenen Worten eines Andern oder des Gesetzes, oder überhaupt zu einer Ansicht Anderer hinzuzufügen. Beisp. Paul. ad ed. l. 2 Dig. de pact. Etiam tacite consensu convenire intellegitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem. l. 8 D. de his qui 3, 2. Das Edict sagt: „genero mortuo cum eum mortuum esse sciret“ et ideo si post legitimum tempus cognovit Labeo ait ipsa die et sumere eam lugubria et deponere. (Vgl. Julian. l. 11 de legib. 1, 3; Nerat. l. 21 eod.) Gerade auch bei Ulp. treffen wir hin und wieder auf diesen Sprachgebrauch, und er bot ja auch die meiste Veranlassung dazu; denn nach den zahlreichen Citaten zu schliessen, mit welchen seine Stellen ausgerüstet sind, scheint er der belesenste von allen Digestenjuristen gewesen zu sein. Beisp. Ulp. ad ed. l. 1 § 2 quod quisque 2, 2. Haec verba: „quod statuerit qui jurisdictioni praeest“, cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. et ideo si inter eos quis dixerit jus, inter quos juris dictionem non habuit .... cessare edictum putamus. l. 23 pr. de aed. ed. 21, 1 cum autem redhibitio fit, si deterius mancipium ... factum est, praestabit emtor venditori, ut puta si stupratum sit aut saevitia emptoris

fugitivum esse coeperit: et ideo, inquit Pomponius, ut ex quacumque causa deterius factum sit, id arbitrio judicis aestimetur et venditori praestetur.[1]) Es scheint mir klar, dass wir in unserer Stelle, Ulp. 1, 12 gerade so zwischen dem Inhalte des Gesetzes und dem Commentare Ulpians zu unterscheiden haben: Gesetz: Eadem lege cautum est, ut minor XXX annorum servus vindicta manumissus civis R. non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit. Comm.: *Ideo sine consilio manumissum Caesaris servum manere putat;* Gesetz: testamento vero manumissum perinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate esset: Comm.: *ideoque Latinus fit;* Gesetz: Eadem lex u. s. w. Ein weiteres Ideo habe ich in diesem Buche nicht gefunden, weder eines, das dieser Auffassung entspricht, noch ein anderes, aber es scheint mir, es sollte dieselbe auch ohnedies feststehn.

Vangerow hat also m. E. nicht so ganz Unrecht gehabt, die Worte ideo — putat für ein Glossem zu erklären, nur sind sie ein Glossem von Ulpian und nicht zu Ulpian.

Es ist klar, dass die Stelle derjenigen von Gajus widerspricht. Brinz p. 16 sucht diesen Widerspruch auf folgende Weise zu lösen: Er schliesst aus Gaj. I, 31 Hoc ius adipiscendae civitatis R. etiamsi soli minores XXX a. manumissi et Latini facti ex lege Ae. S. habuerunt, dass auch nach des Gajus Ansicht nicht alle jene Manumissi zu Latini geworden, dass also ein Theil derselben servi geblieben seien. Allein von diesen beiden Sätzen folgt der zweite nicht nothwendig aus dem ersten, und er darf m. E. beim Stillschweigen des Gajus über eine solche Nichtigkeit der manumissio gar nicht gefolgert werden. Vor Allem steht ja die natürliche Erklärung offen:

Allerdings wurden nicht alle jene manumissi zu Latini, nämlich die turpes nicht, die wurden nur dediticii; und dass denen durch die lex Ae. S. jenes Recht nicht gegeben wurde, dass die Ehen von Gesindel mit römischen Bürgerinnen nicht noch prämiirt werden sollten, das wissen wir aus Gaj. I, 15, 26.

Ueberdies ist es aber auch gar nicht nothwendig, die Worte et Latini f. in Gaj. 1, 31 als eine Restriktion zu ver-

[1]) Es scheint mir daher gar kein Grund vorzuliegen, in dieser Stelle das Wort ideo mit Mommsen in „id eo pertinet“ umzuändern.

stehn, ja dieser Sinn derselben ist auch nicht einmal wahrscheinlich; derselbe würde doch eher anders, deutlicher, ausgedrückt worden sein; man würde etwa gesagt haben:

> Hoc ius . . . soli *ii* minores XXX a. m. qui Latini facti sunt, ex lege Ae. S. hab.

Damit fallen aber auch die Consequenzen dahin, welche Brinz aus jener angeblichen Unterscheidung mit Bezug auf den Sinn der lex Iunia gezogen hat.

Cantarelli im Arch. Giur. XXX, 56 will den Widerspruch dadurch lösen, dass er annimmt, die minores, von denen Gajus 1, 17 spricht, seien nur die testamento manumissi.

Allein dann müsste der sonst sehr sorgfältige Gajus sich doch höchst ungenügend und schlecht ausgedrückt haben.

Mir scheint, dass bei meiner Auffassung sich die Schwierigkeiten der Stelle — wenn auch allerdings nicht ganz und zweifellos lösen — so doch beträchtlich mindern.

Den Ausdruck lex putat, das Gesetz nimmt an, werden wir im Commentar unter dem Text viel eher begreifen als in einer den Inhalt des Gesetzes selbst anführenden Stelle, besonders nach der von Cantarelli beigebrachten Parallelstelle.

Der Widerspruch bleibt nach meiner Auffassung, und er ist nicht aus der Welt zu schaffen; allein er liegt — abgesehen von dem zweiten Gliede, testamento vero etc., von dem ich gleich sprechen werde — nicht im Inhalte des Gesetzes selbst; nicht dieser wird an den beiden Stellen verschieden angegeben, sondern er wird nur an den beiden Stellen verschieden verstanden. Das ist aber ja im Laufe der fast 100 Jahre, welche zwischen den beiden Juristen liegen, sehr wohl denkbar, und namentlich ist zu begreifen, dass die Ansprüche des princeps sich im Laufe dieses Jahrhunderts erweiterten.

Das Gesetz selbst bestimmte nichts Weiteres, als dass der Betreffende civis R. non fit. Was wurde er denn? Nach der Meinung des Gajus gewiss immer Latinus (wie ich meine, weil dafür schon die lex Iunia gesorgt hatte); zu Ulpians Zeit aber unterschied man:

ist er vindicta manumissus, so wird er servus publicus,

ist er aber testamento manumissus, so wird er Latinus;

und zwar wird dieses Letztere vom Prätor wohl durch eine formula ficticia erreicht, die etwa so lautet:

Si A^s A^s domini voluntate in libertate esset, tum si paret etc.

Nun harmonirt diese Annahme freilich nicht mit der Angabe Ulpians, dass das Gesetz selbst ausdrücklich den testamento manumissus als (sagen wir der Kürze wegen) Latinus zu behandeln befohlen habe, da es ja nach meiner Auffassung auch die vindicta manumissi so behandelte. Allein jene Angabe ist auch gar nicht wahrscheinlich. Gajus weiss nichts davon. Zwar fehlt im cod. Veron. Gaj. I, 21 das letzte Wort auf dem 2. Blatt und die ganze erste Seite des 3. Blattes; aber wenn wir Gajus mit den Justin. Institutionen §§ 1, 4 sq. qui quibus 1, 6 vergleichen, so finden wir auch hier nichts von einer manumissio testamento, und wir dürfen daher wohl annehmen, dass auch ihr Muster nichts davon enthielt.

Dass man aber auch im 3. Jahrhundert p. Chr. sich scheute, ohne bestimmte gesetzliche Ermächtigung einen testamento manumissus zu confisciren, während man das beim vindicta manumissus that, das erklärt sich wohl genügend durch den immer noch vorhandenen Respekt vor dem letzten Willen eines Verstorbenen. Und wenn man nun einmal diese Unterscheidung machte, so konnte man wohl sagen, dass das Latinum fieri vom Gesetze gefordert werde, während bei der vindicta einfach der Wortlaut des Gesetzes angeführt wurde. So wie die beiden Sätze in Ulp. 1, 12 stehen, können sie ja jedenfalls nicht im Gesetze gestanden haben; denn das Gesetz konnte doch unmöglich verschiedene Wirkungen durch die gar keinen Gegensatz bildenden Worte einander gegenüber stellen wollen: civis R non fit — perinde habeatur atque si domini voluntate in lib. esset.

Beschränken wir so den Inhalt des Gesetzes nach der Ueberlieferung Ulpians, so haben wir darin volle Gleichheit mit Gajus, wie folgende Nebeneinanderstellung Beider zeigt:

	Gajus		Ulpian
I, 13. a.	Lege A. S. cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve conjecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, eiusdem condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii.	I, 11.	Dediticiorum numero sunt, qui poenae causa vincti sunt a domino, quibusve stigmata inscripta fuerunt, quive propter noxam torti nocentesque inventi sunt, quive traditi sunt, ut ferro aut cum bestiis depugnarent, vel (ob eam rem in ludum vel) custodiam conjecti fuerunt, deinde quoquo modo manumissi sunt. idque lex A. S. facit.
18. b.	Ea lex minores XXX a. servos non aliter voluit manumissos cives R. fieri, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis adprobata liberati fuerint.	12.	Ea lege cautum est, ut minor XXX a. servus vindicta manumissus civis R. non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit.
20. c.	Consilium autem adhibetur in urbe R. quidem V Senatorum et V equitum R. puberum; in provinciis autem XX recuperatorum civium R.	13a.	In consilio autem adhibentur Romae (quidem) V senatores et V equites R.; in provinciis (vero) XX reciperatores cives R.
21. d.	Minor XXX a. servus [manumissus] potest civis R. fieri, si ab eo domino qui solvendo non erat testamento eum liberum et heredem relictum . . . . (24 versus legi nequeunt).	14.	Ab eo domino qui solvendo non est servus testamento liber esse jussus et heres institutus etsi minor sit XXX annis civis R. et heres fit.

	Gajus		Ulpian
I, 37. e.	Is qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni mannumittit, nihil agit, quia lex A. S. inpedit libertatem.	I, 15.	Eadem lex in fraudem creditorum vel patroni manumittere prohibet.[1])
38. f.	Eadem lege minori XX a. domino non aliter manumittere permittitur, quam [si] vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata [fuerit].	13.	Eadem lex cum dominum qui minor XX a. est prohibet servum manumittere, praeterquam si causam apud consilium probaverit.

Man sieht, sogar die Anordnung der Gründe, aus denen man bloss dediticius wird, ist bei Beiden ganz gleich. Ihr Parallelismus ist so total, dass man Gaj. I, 21 dem Sinne nach aus Ulpian mit grösster Wahrscheinlichkeit ergänzen könnte, wenn eine solche Wiederholung dessen was wir aus Ulpian wissen überhaupt einen Werth hätte.

Bei genauer Vergleichung finden wir indessen doch, dass Gajus der Exactere ist, was uns übrigens nicht auffallen wird, während Ulpian sich mehr der Kürze befleisst. Schon in I, 18 betont Jener, dass die vollwirksame manumissio (ausser der institutio heredis necessarii) nur vindicta stattfinden kann, was Ulp. unklar lässt; in I, 20 führt er das Requisit der Pubertät für die Mitglieder des Consilium auf, in I, 38 wiederum die Nothwendigkeit der vindicta, von der Ulp. gar nicht spricht; und Ulp. I, 11 erscheint geradezu als eine etwas kürzere Fassung von Gajus mit Beibehaltung der wesentlichen Ausdrücke desselben, oder wohl eher als eine kürzere Fassung des Gesetzestextes, den Gajus vollständig wiedergibt.

---

[1]) In direktem Widerspruch mit diesen beiden Stellen scheint freilich Dosith. fr. 16 zu stehn. Es ist aber zu beachten, dass die Schlussworte des Fragments sed Latinum facere potest nicht auf das Gesetz, sondern auf den Anfang des Fragmentes zu beziehen sind; und es ist also nicht gerade falsch, sondern nur ungenau, wenn Dos. sagt lex A. S. prohibet servum creditorum fraudandorum causa manumissum civem R. fieri statt liberum fieri.

Dass in den beiden unter f angeführten Stellen die Worte minor XX annis genau dem Gesetze entsprechen, zeigt l. 1 D. de manumiss. 40, 1.

So ergibt sich das Resultat, dass sowohl nach Ulpian wie nach Gajus die lex Aelia Sentia an eine nicht vindicta et causa probata geschehene manumissio

beim minor XXX a. manumissus nur den Mangel der Civität,

beim minor XX a. manumittens dagegen das Verbleiben in servitus

knüpfte.

Wie stellt sich nun dazu das Berliner fragmentum de dediticiis?

Dasselbe lautet:

> . . . um esset. Sed cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita jus dicere judicium reddere praetor jubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, videamus, ne verius sit quod quidam senserunt, et de universis bonis et de singulis ....

Das Fragment handelt von Denen, qui dediticiorum numero facti sunt. Mommsens Ansicht, dass damit exules gemeint seien, ist wohl durch Huschke, „Die jüngst aufgefundenen Bruchstücke" genügend widerlegt. Huschke hat unter Verweisung auf Gaj. III §§ 74—76 zweifellos gemacht, dass unter der lex die Aelia Sentia, unter den dediticiorum numero die qui in aliquo vitio erant zu verstehen sind, der Ausdruck si dediticiorum numero facti non essent also sowohl auf Diejenigen geht, welche ohne vitium cives R., als auch auf Diejenigen, welche manumissi futuri Latini essent (Gaj. III, 76).

Danach ist aber wohl das Fragment ganz ohne allen Einfluss auf unsere Streitfrage. Allerdings scheint den so eben angeführten Worten des Gajus der Gedanke zu Grunde zu liegen:

> wenn sogar die ehrbaren unvollkommen Freigelassenen, welche in die beste Klasse der Nichtbürger kommen, kein Testament machen können (lex Iunia), so können es die pessimae condicionis homines der lex A. S. noch weniger;

aber das ist eben ein Argument aus der Zeit des Gajus, nicht des Gesetzes, von dem man im Gegentheil sagen möchte:

hätte es den Vorgang der lex Iunia schon vor Augen gehabt, so würde es wohl dazu gekommen sein, auch bei den dediticii die testamenti factio auszuschliessen. Aber das würde natürlich nicht schlüssig sein.

Auf den neun ersten Seiten seiner Schrift weist Brinz nach, wie Verschiedene, namentlich Vangerow und Huschke, der lex Aelia S. die Schaffung von Latini zuschreiben, ohne es Wort haben zu wollen. Wenn sie und Andere sagen, dass die prätorischen Schützlinge jenes Gesetzes bald nachher in Latini verwandelt worden seien, so ist zu erwidern, dass deren Schwebezustand doch immerhin volle 15 Jahre gedauert haben würde.

Brinz p. 13 nimmt an, dass der Mangel des Alters von 30 Jahren in der Person des Manumittenden dem Gesetze schwerer gewogen habe als der der Form und des quiritischen Eigenthums in der Person des Manumissors; dass deswegen in den letzteren Fällen zwar Freiheit und Latinität verliehen worden sei, nicht aber im ersteren, in welchem das Gesetz vielmehr bloss auf die obrigkeitliche Tuition verwiesen habe. Und auf den Einwurf, dass es doch sonderbar gewesen sei, dem schurkischen Sclaven über 30 Jahre eine, wenn auch allerdings pessima, Freiheit zu gewähren, dem braven unter 30 Jahren aber, dem kein Probationsgrund zur Seite stand, nicht, gibt er den fast etwas romanhaft klingenden Trost: wenn Dieser ja zu Nutz und Frommen der res publica geheirathet und ein Kind erzeugt habe und dieses in seinem ersten Lebensjahre nicht gestorben sei (Gaj. 1, 29), habe er ja auch die Freiheit, sogar die Civität, erwerben können. Gajus aber sagt freilich nichts davon, dass ein Solcher die Freiheit, sondern nur, dass er die Civität auf solche Weise habe erlangen können.

Mit meiner Ansicht ist selbstverständlich die Erklärung nicht vereinbar, welche Brinz der schon viel besprochenen, von Gaj. III, 76 erwähnten Controverse gibt, die nämlich, dass es zur Zeit der lex Aelia S. noch keine Liberti Latini gegeben habe. Aber auch abgesehen von dieser Verschiedenheit des Ausgangspunktes ist Brinz's Erklärung m. E. nicht wahrscheinlich. Er nimmt an, eine Meinung römischer Juristen sei dahin gegangen, de bonis rebusque solcher dediticii, welche

sine vitio nicht römische Bürger geworden wären, sei dem Patron keine Klage zugestanden, da die lex an solche dediticii gar nicht habe denken können. Wenn es aber richtig ist, wie ich oben nachzuweisen versucht habe, dass das Gesetz im Gegensatz zur manumissio durch Herren unter 20 Jahren der manumissio von servi unter 30 eine befreiende Wirkung wirklich gab, und den manumissi nur das Bürgerrecht versagte, so ist jener Vordersatz nicht zutreffend. Man hätte einer solchen Argumentation wohl auch nicht nur die Analogie und den allgemeinen Wortlaut des Gesetzes entgegen halten, sondern wie mir scheint geradezu sagen müssen: Wenn das die Meinung des Gesetzes wäre, so würde dieses gewiss viel eher statt si dediticiorum numero facti non essent einfach gesagt haben si cives R. essent, etwa so, wie die Prätoren bei der actio furti gegenüber den 12 Tafeln gesagt haben.

Aber auch hier stösst Brinz an der herrschenden Datierung der lex Iunia an. Er frägt gewiss mit Recht: wie konnte Gajus (III, 76) dem Gesetzgeber der lex Aelia S. vorwerfen non satis voluntatem suam verbis expressisse, weil er von einer Sache (liberti Latini) nicht sprach, an die er noch gar nicht denken konnte? Die Art aber, wie er die Schwierigkeit lösen will, scheint mir nicht annehmbar zu sein. Er schreibt: der Satz non satis in ea re legis latorem v. s. v. e. will gar nicht sagen, dass gerade der Gesetzgeber der lex A. S. sich unvollkommen ausgedrückt habe, sondern nur, dass überhaupt kein Gesetz von diesem Fall ausdrücklich handle. Es würde dann also entweder vor legislatorem ein ullum hinzuzudenken, oder das Wort legislator in der Bedeutung gesetzgebende Gewalt zu verstehen sein. Das erstere ist aber wohl zweifellos unzulässig; im letzteren Falle aber hätte doch wohl der Pluralis legislatores angewendet werden müssen; der Singular wird kaum jemals anders als mit Bezug auf irgend ein bestimmtes Gesetz nachzuweisen sein (l. 32 § 1 D. de legib. 1, 3 und l. 5 § 1 C. de legib. 1, 14 stehen dem nicht entgegen).

Nimmt man dagegen die lex Iunia als die ältere, und als Inhalt der lex Aelia S. nur das an, was ich oben als solchen bezeichnet habe, so scheint sich mir die Richtigkeit des von Gaj. III, 76 ausgesprochenen Urtheils klar zu ergeben:

Unförmlich oder nur vom bonitarischen Eigenthümer Manumittirte werden frei, aber nur Latini (lex Iunia);
die lex Aelia Sentia sagt, dass die Freigelassenen unter 30 Jahren, denen vindicta oder causae probatio fehlt, nicht Bürger werden; sind sie turpes, so werden sie dediticii, aber ihr Nachlass wird so vertheilt, wie er vertheilt werden müsste, wenn sie nicht turpes wären;
ich, Gajus, verstehe das so, dass letztere wenn nicht turpes, Latini werden sollen, ihr Nachlass also immer jure legis Iuniae an die manumissores komme.

Das Gesetz hat das aber nicht klar ausgedrückt, und wir wissen ja aus Ulpian, dass dies später mit Bezug auf die vindicta sine cons. manumissi anders ausgelegt, die Freilassung als im Wesentlichen wirkungslos angesehen, und der Nachlass jure peculii servi publici behandelt wurde.

Brinz hat zu allerletzt eine ähnliche Annahme wenigstens als möglich hingestellt, dazu aber bemerkt: „Den Worten des Fragmentes aber wüssten wir diese Controverse weniger anzupassen“. Unmöglich scheint mir das indessen doch nicht, auch wenn wir, wie wahrscheinlich, in dem Fragmente wirklich den Wortlaut des Gesetzes vor uns haben. Man hat nämlich bis jetzt allgemein die Fiction si dediticiorum numero facti non essent so verstanden: si cives vel Latini (in libertate morantes) facti essent. Könnten sie aber nicht eben so gut bedeuten: si a domino manumissi non essent, servi adhuc essent?

Cohn (in dieser Zeitschr. Bd. II p. 109) ist der Ansicht, dass sich die im Fragmente berührte Controverse auf die Frage der testamenti factio beziehe, und er meint, dass davon auch die Worte des Gajus III, 76 in ea re zu verstehen seien. Letzteres kann ich mit Brinz nicht annehmen. Es würde doch höchst sonderbar sein, wenn Gajus zuerst von der Frage der testamenti factio der dediticii civium loco, dann von der Beerbung der Latini spräche, und hierauf fortführe, dass in ea re, d. h. nicht etwa in letzterer, sondern in ersterer Frage, das Gesetz sich ungenügend ausdrücke. Hätte er das sagen wollen, so würde er wohl vielmehr so redigirt haben:

incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem test. faciendi ius concedere. nec

me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse. Eorum vero bona qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent u. s. w.

Mit Bezug auf diese letzteren konnte das Fehlen der test. factio ja gar nicht fraglich sein: war die lex Iunia, wie ich glaube, schon erlassen, so war ja bereits gesetzlich bestimmt, dass diese Latini keine test. factio haben;[1]) war sie aber noch nicht erlassen, so verstand sich ja von selbst, dass die bloss in libertate morantes sie nicht besitzen.

Allein wenn ich auch Cohns Ansicht mit Bezug auf die Schlussworte von Gaj. III, 76 nicht theile, so gebe ich doch zu, dass er mit Bezug auf die Meinung des Fragmentes dennoch Recht haben kann. Aber ich sage mehr nicht, als Recht haben kann. Was wir nämlich aus dem Fragmente ersehen, ist nur das: es wird die Ansicht einiger Juristen angeführt, welche sich stützt auf den Wortlaut des Gesetzes. Dem ist ein Gegensatz vorangegangen, also wohl eine Ansicht, die sich auf den Sinn, die Meinung des Gesetzes stützt; der Fragmentist kann sie aber nicht als die seinige hingestellt haben, denn er ist in dem uns Erhaltenen mindestens noch unentschieden, wenn nicht eher der auf den Wortlaut sich stützenden Ansicht geneigt. Einen solchen Gegensatz von Ansichten über die Beerbung des dediticius finden wir nun in der That in der Frage der testamenti factio der dediticii; Gajus I 25 sagt zwar kategorisch, dass sie nec ipsi testamentum facere possunt; aber er gibt das nicht als Gesetzesbestimmung, sondern als die herrschende Ansicht der Juristen secundum id quod magis placuit. Ganz deutlich geht das aus Gaj. I 75 hervor, wie ja auch Ulp. XX 14 u. 15 berichtet, dass im Gegensatz zur lex Iunia die lex Aelia S. das Fehlen der test. factio nicht bestimmt habe.

[1]) Puchta l. c. Bd. II p. 407 ist freilich der Ansicht, dass der Grund, aus welchem den formlos Freigelassenen das jus testamenti faciendi versagt wurde, bei den minores XXX a. nicht vorhanden gewesen, und dass wir daher nicht berechtigt seien, diesen Mangel auch bei ihnen anzunehmen. Mir scheint aber eher, wir sind ohne spezielle Nachricht nicht berechtigt, hierin einen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Latini zu machen.

Ich habe nun schon in dieser Zeitschr. Bd. V p. 236 u. darauf aufmerksam gemacht, dass die formell Freigelassenen (majores XXX a.) wenn ohne Makel, Bürger sein, also die nämliche testamenti factio haben würden wie ein anderer libertus; dass wenn also, um mit Gajus zu sprechen, eorum bona quasi civium R. patronis lege A. S. tribuuntur, ihnen damit die testamenti factio eigentlich zuerkannt ist, und es ein ganz richtiger Gegensatz, ein Darüberhinausgehn war, wenn plerisque placuit, dass non tamen hi habent etiam testamenti factionem. Nehmen wir nun an, dass wirklich darüber in dem Fragmente discutirt wird, so müssen wir dasselbe dem Sinne nach folgendermassen ergänzen:

> . . . . . jure consultus eos qui lege Aelia Sentia dediticiorum numero facti sunt, testamenti factionem non habere putat, cum illis pessimae condicionis hominibus testamenti facie*n*di jus concedere pa*rum* idone*um* *esset. Sed cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita jus dicere judicium reddere praetor jubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, videamus ne verius sit, quod quidam senserunt, et de universis bonis et de singulis* rebus eos qui si in aliquo vitio non essent manumissi cives R. futuri essent testari posse.[1])

Diese Ergänzung scheint mir einfacher und natürlicher zu sein, als die von Huschke vorgeschlagene; aber es würde mir vermessen scheinen, behaupten zu wollen, dass das Fragment wirklich diese Streitfrage behandelt haben müsse und also bestimmt so zu ergänzen sei, zumal da dann das Fragment wohl vor die Zeit des Gajus zu setzen wäre, indem in dieser die Streitfrage bereits im entgegengesetzten Sinne ent-

---

[1]) Alibrandi, studi e documenti ergänzt hinter rebus nur posse eos homines per testamentum statuere, und Cantarelli im Arch. giur. XXX p. 45 stimmt ihm bei. Dann muss aber nothwendig angenommen werden, dass vor dem Fragment von denen qui cives R. futuri essent die Rede war, denn nur für diese gilt die Bestimmung; oder dann müsste man vom Standpunkte der Priorität der Aelia S. aus annehmen, dass das Fragment zwischen 4 und 19 p. Ch. geschrieben worden sei, also der Fragmentist von Anderen als Denen die cives R. futuri essent noch nichts habe wissen können.



schieden gewesen zu sein scheint. Auch würde man die Erörterung dieser Frage allerdings nicht in einem Buche suchen, an dessen Ende, wenn Krügers Ergänzung,[1]) wie wahrscheinlich, richtig ist, steht de judiciis lib. II explicit.

Endlich muss doch in's Gewicht fallen, dass die von Krüger vor dem Stücke . . . um esset gelesenen Buchstaben (s. diese Zeitschr. Bd. I p. 94) zu dieser Lesung nicht passen; aber freilich sind sie grossentheils unsicher.

Zu diesen Buchstaben mögen noch einige Worte vergönnt sein. Wenn sie auch wenig Licht in die Sache bringen, so können sie doch dazu helfen, dass einer späteren glücklicheren Hand weitere Ergänzungen gelingen.

Ich gehe davon aus, dass die erste Columne der Vorderseite die nämliche Breite gehabt haben wird wie die zweite, so dass also auf die Zeile 14—19 Buchstaben kommen.

Danach dürften die fünf letzten Zeilen dieser Columne etwa so gelautet haben:

dumtaxat a p̄*re* p
eregrino prot*egetur*[2])
tamen e*os Latinos*
non minus e*a re recte*
ex jure Q*uiritium pe*
tere posse constat.[3])

Das würde wahrscheinlich machen, dass in der dritten Zeile vorher

Latinos Iuni*anos*

gestanden hätte, wobei ich freilich aus dem folgenden *ex iu* (re?) . . . . *nostr.* nichts zu machen wüsste.

---

[1]) Diese Zeitschr. Bd. I. p. 95. — [2]) Huschke, Mommsen, Krüger lesen *egeretur,* Ersterer ergänzt daher

ex iu
re Quiritium ***nostr***um
esse intell*egeretur.*

Das Apographum in dieser Zeitschrift Bd. I p. 94 zeigt aber egetur ohne Zeichen einer Abkürzung. — [3]) Vgl. Ulp. XIX, 4.



VI.

Zur Frage vom gegenseitigen Verhältnisse der lex Aelia Sentia und Iunia Norbana.

Von

Herrn Professor **E. Hölder**

in Erlangen.

Für die neuestens von Brinz[1]) behandelte Frage, ob es Fälle gebe, in welchen die Freilassung ex lege Aelia Sentia zur Latinität verhilft, ist von wesentlicher Bedeutung das Altersverhältniss der lex Aelia Sentia und der lex Iunia Norbana. Während in dieser Beziehung Brinz seinen Ausführungen die gemeine Meinung zu Grunde gelegt hat, so sucht nun A. Schneider[2]) darzuthun, dass diese Annahme unmöglich und die unter den Unsrigen schon 1858 von Theodor Mommsen, neuerdings aber von dem Franzosen F. Romanet Du Caillaud vertretene umgekehrte Auffassung die einzig richtige sei, wobei freilich Schneider bezüglich der positiven Datirung der lex Iunia weder mit dem einen noch mit dem anderen seiner Vorgänger übereinstimmt. Wäre Schneiders Meinung die richtige, so könnte daran kein Zweifel sein, dass gewisse Fälle der durch Freilassung entstehenden Latinität durch die lex Aelia Sentia geschaffen wurden, und doch würde zugleich die Thatsache, dass neben den Latini Iuniani uns nicht auch Latini Aeliani begegnen, begreiflich sein; durch die lex Iunia ins Leben gerufen hätte die ganze Classe der durch Freilassung zu Latinen Gewordenen von jener ihren Namen erhalten, den dann auch diejenigen Angehörigen derselben führten, welche erst durch ein späteres Gesetz in dieselbe aufgenommen waren. Dies wäre um so natürlicher, da dieser Name eine Verschiedenheit der Rechtsstellung gegenüber

[1]) Zwei Abh. aus dem R. R. (Festschr. zu Scheurls Doctorjubiläum von Brinz und Hölder). — [2]) In dieser Zeitschr. V. 225 ff.

derjenigen anderer Latini bezeichnete und die lex Aelia Sentia selbst als ein der lex Iunia nachfolgendes Gesetz die Verleihung derjenigen besonderen Art von Latinität, welche die lex Iunia geschaffen hatte, auf die denkbar einfachste Art und mit den denkbar wenigsten Worten dadurch vollzogen hätte, dass sie die betreffenden Personen für Latini Iuniani erklärte. Ist dagegen umgekehrt die lex Aelia Sentia älter als die lex Iunia, so ist mit dem Namen der Latini Iuniani die Annahme kaum verträglich, dass irgend ein Angehöriger dieser Classe schon durch die lex Aelia Sentia zum Latinus geworden sei. Brinz (S. 26) verwahrt sich gegen die Annahme, dass es römische Sitte gewesen sei „älteren Gesetzen den Inhalt jüngerer zuzurechnen". Wenn aber eine solche Sitte der Neigung der Römer entspräche, das Neue an das Alte anzuknüpfen und möglichst auf dieses zurückzuführen[1]), so würde die Benennung des durch ein älteres Gesetz geschaffenen Zustandes nach dem jüngeren das umgekehrte den Römern absolut fremde Bestreben verraten, das Andenken des Alten zu Gunsten des Neuen zu verwischen. Wie steht es aber in Wirklichkeit um das Altersverhältniss der lex Iunia und der lex Aelia Sentia?

Anerkannt und nicht zu bestreiten ist, dass die lex Aelia Sentia dem Jahre 4 nach Christo angehört; von der lex Iunia

[1]) Für die Existenz einer derartigen Sitte könnte man zunächst schon das verbreitete Bestreben anführen wollen, möglichst alle Rechtsnormen in ihren Grundlagen auf die zwölf Tafeln zurückzuführen; doch ist es nicht zu erweisen, dass je ein römischer Jurist mit Bewusstsein einen Satz jüngeren Ursprungs zum Zwölftafelsatze gestempelt hätte. Nachweisbar ist dagegen wenigstens von Ulpians Zeit an das Bestreben, solche Dinge, deren erste Anfänge auf ältere Gesetze zurückgehen, auf diese zurückzuführen. Hierher gehört die Bezeichnung der maior aetas nach der lex Plaetoria als legitima aetas und des Pflichttheils nach der lex Falcidia als legitima portio oder auch geradezu als Falcidia. Justinian blieb es vorbehalten eine Carricatur dieser Tendenz dadurch zu liefern, dass er dem senatusconsultum Trebellianum Bestimmungen des Pegasianum in die Schuhe geschoben wissen wollte, welches, anstatt auf dem Grunde des Trebellianum weiterzubauen, gegen dasselbe reagirt hatte. Dagegen kann auf Erscheinungen dieser Art nicht bezogen werden der von Brinz citirte Ausspruch von Cujac. (observ. I, 18): neque novum est, ut Neroniana senatusconsulta dicantur Claudiana; die Meinung ist nicht die, dass die von Nero ausgegangenen Senatusconsulte nach seinem Vorgänger, sondern dass sie nach seinem eigenen Gentilnamen auch den Namen Claudiana führen.

aber sagt Mommsen[1]), dass sie „den Consuln des J. 19 M. Iunius Silanus L. Norbanus Balbus kaum scheint abgesprochen werden zu können". Wenn er aber gegen diese Annahme das späte Vorkommen des erst bei Justinian vorkommenden Namens Norbana sowie das keinenfalls unüberwindliche Bedenken ins Feld führt, welches der Annahme eines so jungen Consulargesetzes entgegenstehe, so betrachtet er diese Gründe selbst nicht als schlechthin entscheidend. Das Hauptgewicht legt er vielmehr auf den Umstand, dass die lex Aelia Sentia die Existenz der Latini Iuniani bereits voraussetze, und diese auch von Schneider getheilte Annahme ist es, die den Gegenstand unserer Prüfung bilden soll; wäre sie erwiesen, so wäre die Priorität der lex Iunia unwiderleglich dargethan; sollte dagegen umgekehrt sich herausstellen, dass die lex Aelia Sentia die Latini Iuniani noch nicht gekannt habe, so wäre die hergebrachte Datirung der lex Iunia Norbana gegen Anfechtung gesichert; dass das Gesetz bei den älteren Gewährsmännern den Namen Norbana nicht führt, würde jedenfalls der Annahme, dass es unter dem Consulate des Norbanus durch seinen Mitconsul Iunius eingebracht sei, nicht im Wege stehen, und dass Norbanus, wenn auch nicht selbst rogator des Gesetzes, so doch der College seines Urhebers war, würde immerhin besser als jede andere Annahme es erklären, dass in Justinians Zeit jener Doppelname des Gesetzes uns entgegentritt. Sehr wohl möglich ist es, dass die Verfasser der Institutionen sich dabei von einem gewissen Bedürfniss der Symmetrie leiten liessen; war ihnen überliefert, dass die lex Iunia unter dem Consulate eines Iunius und eines Norbanus ergangen war, so lag es ihnen nahe genug, den Doppelnamen der lex Aelia Sentia und Fufia Caninia denjenigen der Iunia Norbana zur Seite zu stellen. Dass dagegen, wie Romanet du Caillaud meint, die lex Iunia Norbana ihren Doppelnamen von zwei Consuln zweier aufeinander folgender Jahre habe und gleich der lex Iulia et Papia ein Doppelgesetz sei, ist eine nicht nur gänzlich willkürliche, sondern auch mit dem Namen des Gesetzes, welchem nach ihr ein *et* nicht fehlen dürfte, unverträgliche Supposition.

---

[1]) Bekkers Jahrb. II 338.

Für das Zeitverhältniss der lex Iunia und der lex Aelia Sentia kommt namentlich in Betracht die Stellung der vor Vollendung des dreissigsten Lebensjahres freigelassenen Sklaven, deren vollgiltige Freilassung die lex Aelia Sentia an die Wirkung der causae probatio vor einem consilium geknüpft hatte, während sie, wenn sine consilio freigelassen, ex lege Iunia Latinen werden. Bedeutet das nun aber, das ihnen die lex Aelia Sentia die Latinität der vorhergegangenen lex Iunia verlieh, oder vielmehr, dass erst nach der lex Aelia Sentia die lex Iunia sie zu Latinen erhob? Diese Frage ist nicht etwa schon dadurch entschieden, dass namentlich Gaius die Latinität jener Personen mehrfach erwähnt, ohne sie ausdrücklich als eine nicht unmittelbar aus der lex Aelia Sentia abstammende zu bezeichnen; denn ebensowenig sagt er ausdrücklich das Gegentheil. Dagegen spricht unmittelbar vom Inhalte der lex Aelia Sentia Ulpian (I, 12), welcher erklärt, dieselbe habe verfügt:

> ut minor triginta annorum servus manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit.

Die Frage ist nun, ob durch diese Negation des Bürgerrechtes das Gesetz die Freilassung für schlechthin ungültig erklärt oder aber nur das Bürgerrecht des Freigelassenen verneint, eine anderweitige Wirkung der Freilassung dagegen verfügt oder wenigstens offen gelassen hat. Wenn nun nach bisherigem Rechte in der Verleihung des Bürgerrechtes die Wirkung der Freilassung aufging — denn die Freiheit als solche wurde ja dem Freigelassenen nicht neben dem Bürgerrechte, sondern als eine in diesem enthaltene zu Theil[1]) —, so liegt es nahe, die Negation des Bürgerrechtes zugleich als Negation des mit seinem Erwerbe zusammenfallenden Freiheitserwerbes anzusehen. Dem römischen Sprachgebrauche entspricht aber diese Annahme nicht. Wenn bei der manumissio censu der Freiheitserwerb durch Aufnahme in die Bürgerschaft sich vollzog, so tritt uns doch sonst nirgends die Verleihung der Freiheit als eine in der Verleihung des Bürger-

[1]) Das durch die Freilassung entstehende Patronatsrecht ist weniger eine Wirkung der Freilassung als eine Nachwirkung der durch diese aufgehobenen Unfreiheit.

rechtes enthaltene, sondern stets umgekehrt das römische Bürgerrecht als Consequenz der durch einen römischen Bürger erfolgten Verleihung der Freiheit entgegen. Die Form des Processes um die Freiheit hat die manumissio vindicta, liber esto lautet die Formel der manumissio testamento und demgemäss sagt auch Cic. pro Balbo c. 9:

> servos . . . persaepe libertate id est civitate publice donari videmus.

Tritt uns in dem Falle der manumissio nicht etwa der Erwerb der Freiheit als ein durch Verleihung des Bürgerrechtes sich vollziehender, sondern umgekehrt der Erwerb des Bürgerrechtes als ein durch Verleihung der Freiheit sich vollziehender entgegen, so ist es nicht wahrscheinlich, dass das Gesetz, um die gänzliche Ungiltigkeit eines zwar mit der Wirkung der Bürgerrechtsverleihung verbundenen, nach Form und Namen aber als Freiheitsverleihung sich characterisirenden Actes zu bezeichnen, sich des Ausdruckes bedient habe:

> ut . . . manumissus civis Romanus non fiat.

Dass diese Wendung vom Gesetze selbst gebraucht war, ist nach Ulpians Darstellung nicht zu bezweifeln; setzt er doch dieser Wendung eine andere bezüglich der testamentarischen Freilassung vom Gesetze gebrauchte Wendung entgegen nebst Erwähnung der verschiedenen Folgerungen, welche aus dieser Verschiedenheit der Ausdrücke für die verschiedenen Fälle sich ergeben oder zu ergeben scheinen. Hat aber das Gesetz wirklich jene Wendung gebraucht, so verbietet schon sein eigener sonstiger Inhalt dieselbe als eine Negation jeder Wirkung der betreffenden Freilassung aufzufassen. Hat doch dasselbe Gesetz in denjenigen, qui dediticiorum numero sunt, eine Gattung von Freigelassenen erschaffen, welche vom römischen Bürgerrechte ausgeschlossen sind; konnte vom Standpunkte eines Rechtes aus, nach welchem jede Freilassung eines römischen Sklaven denselben zum römischen Bürger macht, der Ausschluss gewisser Freigelassener[1]) vom

[1]) Nicht etwa darf man die Eigenschaft einer Person als eines Freien schon aus ihrer Bezeichnung als eines Freigelassenen oder manumissus ableiten, so dass eine Anerkennung der Freiheit darin läge, dass nach der Erklärung des Gesetzes manumissus civis non fit;



Bürgerrechte als absolute Negation wirksamer Freilassung erscheinen, so ist diese Auslegung doch unmöglich einem Gesetze gegenüber, welches selbst gewisse Freigelassene, ohne sie der Freiheit zu berauben, vom Bürgerrechte ausgeschlossen hat.

Wollte aber das Gesetz, indem es das Bürgerrecht des noch nicht dreissigjährigen Freigelassenen verneinte, nicht jede Wirkung seiner Freilassung verneinen, so erhebt sich dem gegenüber die Frage, welche Wirkung es einer solchen Freilassung belassen hat. Den freigelassenen Verbrechern hat das Gesetz, indem es sie vom Bürgerrechte für immer ausschloss, eine bestimmte andere Rechtsstellung verliehen; bei den jugendlichen Freigelassenen dagegen hat es sich begnügt einerseits den sofortigen Erwerb des Bürgerrechtes zu verneinen, andererseits aber ihnen bestimmte Wege zu seiner späteren Erlangung zu eröffnen. Hat aber das Gesetz abgesehen von jener Anwartschaft auf das Bürgerrecht dem jugendlichen Freigelassenen eine bestimmte positive Rechtsstellung nicht verliehen, so kann auch von einer durch dasselbe ihm positiv verliehenen Freiheit keine Rede sein. Gab es doch keine Freiheit schlechtweg, so dass irgend jemandes Rechtsstellung in seiner Prädicirung als eines Freien sich erschöpft hätte, und konnte doch die Freiheit, welche ein römisches Gesetz verlieh, ohne sie ausdrücklich wie die der verbrecherischen Sklaven zu einer Freiheit anderer Art zu stempeln, keine andere sein als römische Freiheit, durch deren Verleihung der Freigelassene zum Römer wurde. Mit Recht sagt Cicero pro Caecina c. 33:

> Qui enim potest iure Quiritium liber esse is qui in numero Quiritium non est?

Ist aber Versagung des Bürgerrechtes Versagung der Freiheit nach ius Quiritium, so ist dadurch zwar nicht verliehen, aber auch nicht ausgeschlossen der Freiheitsbesitz im Sinne der trotz der civilrechtlichen Unfreiheit vom Prätor geschützten Freiheit. War dieser Freiheitsbesitz durch das Gesetz nicht positiv verliehen, so war er dann, aber auch nur

denn dadurch ist die manumissio nicht irgendwie als eine rechtsgiltig vollzogene bezeichnet.

dann anzunehmen, wenn diejenigen Voraussetzungen zutrafen, von welchen der Praetor seine Anerkennung desselben abhängig gemacht hatte. Dass nun schon zur Zeit der lex Aelia Sentia der Praetor dem durch den Herrn verliehenen Freiheitsbesitze Anerkennung und Schutz zu Theil werden liess, bezeugt uns der Wortlaut des Gesetzes selbst, indem es nach Ulpian den vor Vollendung des dreissigsten Lebensjahres testamentarisch frei Gelassenen

> perinde haberi iubet atque si domini voluntate in libertate esset.

Dass wir hier den Wortlaut des Gesetzes selbst vor uns haben, ist um so weniger zu bezweifeln, da ein nicht an seinen Wortlaut sich anschliessender, sondern vom Standpunkte der Ulpianischen Zeit seinen Inhalt wiedergebender Bericht sich anders ausgedrückt hätte; setzt doch die gebrauchte Wendung den Begriff des domini voluntate in libertate Befindlichen als einen Begriff von bestimmter rechtlicher Bedeutung und zwar von einer nicht auf gesetzlicher sondern auf obrigkeitlicher Anerkennung beruhenden Bedeutung voraus.

Diese Worte des Gesetzes sind aber der sicherste Beweis dafür, dass zu seiner Zeit die Freiheit der praetorischen Schützlinge noch als eine auf dem praetorischen Schutze als solchem beruhende bestand und noch nicht zur gesetzlichen Freiheit der Latini Iuniani geworden war. Vergebens sucht Schneider (a. a. O. S. 229 f.) das Gegentheil darzuthun. Er hält es für wesentlich, dass hier von in libertate esse und nicht etwa von einem blosen in libertate morari die Rede sei; denn jenes sei analog dem in bonis esse, nur freilich im Gegensatz zu diesem legitimen Ursprungs. Schneider selbst erkennt aber (in Anm. 28) an, dass auch derjenige in libertate est, welcher sich factisch im Zustande der Freiheit befindet, und im Gegensatze zur legitima libertas bedeutet jene Wendung gerade den Zustand der Freiheit als einen nicht von Rechtswegen sondern entweder lediglich factisch oder wenigstens nur durch prätorischen Schutz bestehenden, wie ja auch derjenige, qui in possessione est, dem wirklichen possessor entgegengesetzt wird. Dass vollends auch bei der Vorexistenz der lex Iunia die lex Aelia Sentia sich gar nicht anders habe ausdrücken können, dass sie also eine kraft

ihrer Bestimmung von Rechtswegen eintretende Freiheit und Latinität nicht anders habe bezeichnen können als durch die Anweisung, die betreffenden Personen als solche zu behandeln, die mit dem Willen ihres Herrn sich in Freiheit befinden, davon ist gerade das Gegentheil wahr. Schneiders Beweis dafür, dass das Gesetz auch dann, wenn es die betreffenden Personen zu Latinen machen wollte, sie doch nicht Latinen haben nennen können, ist dieser:

1) „Latini Iuniani konnte das Gesetz diese Leute nicht nennen, denn das wurden sie nicht.“ Und doch hat dasselbe Gesetz von gewissen Freigelassenen erklärt, sie sollten dediticiorum numero sein, obgleich sie wirkliche peregrini dediticii doch gewiss nicht wurden. Warum sollte das Gesetz, wenn es damals schon Latini Iuniani gab, nicht haben erklären können, gewisse Freigelassene sollten Latinorum Iunianorum numero sein oder sie sollten gerade solche Latinen werden, wie die ex lege Iunia zur Latinität Gelangenden?

2) „Wenn dieses aelische Gesetz sie zu Latini erklärte, so waren sie Aeliani; einfach Latini konnten sie auch nicht genannt werden, denn darunter verstand man damals coloniarii.“ Wenn es aber damals schon neben den coloniarii eine zweite Classe von Latini gab und wenn diese zweite Classe durch Manumissionen römischer Bürger entstand, während die coloniarische ohne Angehörigkeit an eine bestimmte Latinercolonie nicht denkbare Latinität dadurch unmöglich entstehen konnte: wie lässt sich dann behaupten, dass ein gleich der vorangegangenen lex Iunia gewisse Freigelassene zu Latinen machendes Gesetz sie nicht einfach habe Latini nennen können, weil man darunter Coloniarlatinen verstanden hätte? Und wenn Latinen, welche die lex Aelia zu solchen erklärt hätte, Aeliani hätten heissen müssen, ergibt sich daraus nicht anstatt des Schlusses, dass die lex Aelia die von ihr geschaffenen Latinen nicht Latini genannt habe, der andere, dass es überhaupt keine durch dieses Gesetz geschaffenen Latinen gab?

Wenn also Ulpian sagt, die lex Aelia Sentia wolle den testamentarisch frei Gelassenen als einen mit dem Willen seines Herrn in Freiheit Befindlichen behandelt wissen und

deshalb werde er Latinus (ideoque Latinus fit), so ist dies dahin zu verstehen, dass er derjenigen Latinität theilhaftig werde, welche die in der Zwischenzeit ergangene lex Iunia Norbana den mit dem Willen ihres Herrn in Freiheit Befindlichen verliehen habe.

Man hat es auffallend gefunden, dass das Gesetz jene Anweisung an die Obrigkeit, den Freigelassenen gleich einem mit dem Willen seines Herrn in Freiheit Befindlichen zu behandeln, nur für den Fall der testamentarischen Freilassung ausgesprochen haben soll. Dies hat aber seinen guten Grund. In den Besitz der Freiheit gelangt ja der testamentarisch Manumittirte erst nach dem Tode des Freilassers, also durch den Willen nicht seines gegenwärtigen, sondern seines früheren Herrn. War es die Versetzung in den Besitz der Freiheit, an welche der Prätor seinen Schutz ebenso anknüpfte wie er den unter Vernachlässigung der gesetzlichen Form erfolgten Erwerb einer Sache als einen durch Uebergabe des Besitzes thatsächlich vollzogenen schützte, so lag ja in unserem Falle eine durch den Freilasser selbst vollzogene Versetzung in den Besitz der Freiheit gar nicht vor, und gerade deshalb, weil hier der Freigelassene zu den durch ihren Herrn in den Besitz der Freiheit Versetzten gar nicht gehört, während das Gesetz ihn diesen gleichgestellt wissen wollte, wies es den Prätor an, ihn ebenso zu behandeln wie wenn er zu jener Classe von Personen gehören würde (perinde . . . atque si). Dass es bezüglich des vindicta Manumittirten diese Behandlung nicht verfügte, sondern mit der Negation des Bürgerrechtes oder der Freiheit ex iure Quiritium sich begnügte, beruhte also darauf, dass er zu jenen durch ihren Herrn in den Besitz der Freiheit versetzten und daher nach prätorischen Grundsätzen im Besitze der Freiheit geschützten Personen wirklich gehörte; für diesen Fall den Prätor zur Gewährung seines Schutzes anzuweisen war etwas durch kein Bedürfniss Gebotenes und daher nicht nur ebensogut sondern besser Unterbleibendes; wozu sollte das Gesetz in ein vom Prätor bereits geregeltes Gebiet eingreifen, wenn es kein Bedürfniss empfand seine Regelung durch eine andere zu ersetzen? Den prätorischen Schutz für jenen Fall auch nur ausdrücklich anzuerkennen lag für das Gesetz um so

weniger Grund vor, da diese Anerkennung aufs Unzweideutigste in der Anweisung an den Prätor lag diesen Schutz auf den ausserhalb seines ursprünglichen Gebietes liegenden Fall der testamentarischen Freilassung auszudehnen. Der Schluss, welcher aus dieser Bestimmung auf die manumissio vindicta sich ergibt, ist also nicht etwa ein argumentum a contrario, sondern ein argumentum a minore ad maius; verfügt das Gesetz die Gewährung desselben Schutzes, wie wenn ein Besitz der Freiheit mit dem Willen des Herrn vorläge, so erkennt es damit um so mehr an, dass der in Wirklichkeit mit dem Willen seines Herrn im Besitze der Freiheit Befindliche jenen Schutz zu geniessen habe. Dies ist denn auch die Auffassung des Gaius, welcher von einer verschiedenen Behandlung der letztwilligen und der inter vivos erfolgten Freilassung nichts weiss (Gai. I. 17, 18, 31). Dieselbe Meinung hat aber ohne Zweifel auch Ulpian getheilt. Wenn er uns berichtet, dass das Gesetz dem vindicta sine consilio Manumittirten das Bürgerrecht versagt habe, und wir dann weiter lesen:

> ideo sine consilio manumissum Caesaris servum manere putat,

so kann an der Unechtheit des Wortes Caesaris kein Zweifel bestehen; denn geradezu undenkbar ist die Meinung, dass der von einem Privaten frei Gelassene des Kaisers Sklave bleibe. Kommt dazu die Unwahrscheinlichkeit eines von einem Gesetze ausgesagten putare, so liegt in der That nichts näher als die Annahme, dass anstatt des Wortes Caesaris Ulpian den Namen eines Juristen geschrieben habe; wessen mag dahin gestellt bleiben. Dass nach dieser Annahme der folgende Satz das Subject wechselt, ohne dies hervorzuheben, hat bei einem Auszuge, wie wir ihn hier vor uns haben, um so weniger etwas Auffallendes, da das Verbum iubet deutlich genug zu erkennen gibt, dass nun wieder vom Gesetze die Rede ist. Fragen wir uns aber, worauf die berichtete Meinung eines Juristen sich gründet, so hat derselbe, wie uns ausdrücklich berichtet wird, sie aus der Versagung des Bürgerrechtes durch das Gesetz — also nicht etwa per argumentum a contrario aus der Bestimmung über die testamentarische Freilassung — abgeleitet.

Dass der vindicta frei Gelassene prätorischer Schützling sei, hat er damit nicht verneint; gehörten doch die prätorischen Schützlinge von Rechtswegen zur Classe der servi. So lange die Freilassung durch einen Römer ausnahmslos die Freiheit eines Römers gewährte, war der Schluss ein durchaus zwingender, dass derjenige römische Sklave, welcher durch die Freilassung nicht Römer wird, Sklave bleibt. Nachdem aber die lex Aelia Sentia eine Classe von Freigelassenen geschaffen hatte, welchen eine Freiheit anderer Art als die des römischen Bürgers zu Theil wurde, so mochte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht jene Rechtsstellung auch auf diejenigen auszudehnen sei, welchen das Gesetz, ohne ihnen dieselbe positiv zu verleihen, das Bürgerrecht versagt hatte; diese Frage aber hat jener Jurist mit Recht verneint. Abgegeben aber hat er dieses Votum, ehe die lex Iunia die mit dem Willen ihres Herrn im Besitze der Freiheit Befindlichen, die bisher für das ius Sklaven waren, zu Latinen erhoben hat, und nach der lex Iunia würde auch er an der Freiheit, weil Latinität, jener Personen nicht gezweifelt haben. Ulpian freilich, der jener Meinung im Präsens gedenkt, bezieht sie auf das Recht der Gegenwart, weil er nicht daran denkt, dass sie das Recht vor der lex Iunia im Auge hat. Dass er aber selbst dieser Meinung sei, folgt nicht etwa schon daraus, dass er sie mittheilt, ohne ihr entgegenzutreten. Die Frage, um die es sich handelt, war ja zu Ulpians Zeit nicht eine neu auftauchende, über welche erst einzelne Meinungsäusserungen hätten vorliegen können, sondern eine solche, welche längst durch die Praxis entschieden sein musste. Unmöglich konnte Ulpian hier der Meinung eines einzelnen Juristen, die er ausdrücklich als blosse Meinung anführt, in dem Sinne gedenken, dass er durch Berufung auf sie eine zur Zeit noch offene Frage hätte entscheiden wollen. Schwerlich hat er selbst jener Meinung einen anderen Wert beigemessen als den einer Curiosität. Wenn er unmittelbar nach ihrer Erwähnung fortfährt: testamento vero manumissum etc.; so dürfte dieses vero dem vorhergehenden Falle gegenüber nicht sowohl einen Gegensatz als eine Steigerung andeuten. Hatte das Gesetz im einen Falle gesagt, der Freigelassene werde nicht Bürger, im anderen dagegen, es solle gehalten werden, als wäre er

domini voluntate in libertate, so hat es ja für diesen zweiten Fall in keiner Weise dasjenige verneint, was es für den ersten statuirt hatte; gerade derjenige, welcher wie Ulpian beide Bestimmungen nebeneinanderhielt, konnte unmöglich aus der blosen Negation des Bürgerrechtes im einen Falle ein Resultat ableiten, welches er im anderen Falle nicht annahm, für welchen durch seine positive Normirung das Bürgerrecht ebenso bestimmt versagt war. Ulpians Gedankengang ist vielmehr dieser. Im einen Falle hat das Gesetz sich damit begnügt, der Freilassung die Wirkung der Bürgerrechtsverleihung abzusprechen, ohne eine anderweitige Wirkung derselben zu statuiren, was einen Juristen zu der Annahme veranlasst hat, dass sie jeder Wirkung entbehre. Im anderen Falle dagegen hat das Gesetz eine bestimmte anderweitige Wirkung der Freilassung statuirt und zwar eine solche, welche für gewisse Fälle schon nach bisherigem (praetorischem) Rechte platzgriff. Dass nun diese die Verneinung des Bürgerrechtes nicht etwa ausschliessende, sondern vielmehr in sich schliessende Wirkung der Freilassung, welche das Gesetz für einen Fall statuirte, welcher eine bisher für jene Wirkung geforderte Bedingung nicht erfüllte, nur umsomehr platzgreifen müsse in demjenigen Falle der nicht mit der Wirkung des Bürgerrechtes verbundenen Freilassung, welcher schon nach bisherigem Rechte die Bedingungen jener geringeren Wirkung erfüllte und nur deshalb sie bisher nicht hervorgebracht hatte, weil bisher die weiter gehende Wirkung der Bürgerrechtsverleihung mit ihm verbunden war, das hat Ulpian, falls seine Worte uns vollständig vorliegen, nur deshalb nicht ausdrücklich beigefügt, weil es sich von selbst verstand.

Von Ulpian wenden wir uns zu dem neuen Fragmente von den Dediticiern. Wenn es hier von gewissen Personen heisst, dass

> lege de bonis rebusque eorum hominum ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent si dediticiorum numero facti non essent,

so gehen auch wir davon aus, dass es hier um Freigelassene sich handelt, sind sie doch die einzigen Personen, die uns überhaupt in den Quellen als dediticiorum numero facti begegnen. Die Annahme dagegen, dass wir hier ein Stück der

lex Aelia Sentia vor uns haben, vermögen wir nicht zu theilen. Soll über die bona und res gewisser Freigelassener so Recht gesprochen werden, wie wenn diese keine Dediticier geworden wären, so ist der nächstliegende Sinn dieser Worte der, dass es gehalten werden solle als wären sie geblieben was sie waren, so dass also ihr Nachlass iure peculii an ihren früheren Herrn fallen soll. Widerspricht aber dieser Sinn jener Worte der lex Aelia Sentia (Gai. III, 75), so ergibt die umgekehrte Deutung, dass es so gehalten werden solle als wären sie nicht Dediticier, sondern gleich anderen Freigelassenen römische Bürger geworden, gleichfalls einen nicht unbedenklichen Sinn. Was nach Gaius „plerisque placuit nec immerito", der Ausschluss der Dediticier von der Testamentserrichtung, würde danach dem Wortlaute des Gesetzes geradezu widersprochen haben. Denn sollte es mit dem Nachlasse der Dediticier so gehalten werden als wären sie römische Bürger geworden, so liess sich die Consequenz kaum abweisen, dass das Gesetz ihnen dieselbe Fähigkeit der Verfügung über ihren Nachlass ertheilt habe, welche den zu römischen Bürgern gewordenen Freigelassenen zukam. Legen wir nun aber diejenige Bedeutung jener Worte zu Grunde, welche wir oben als die nächstliegende bezeichnet haben, nehmen wir also an, dass die vom Gesetze statuirte Fiction nicht die positive des Eintrittes in die Bürgerschaft, sondern seinen Worten gemäss lediglich die negative des nicht erfolgten Eintrittes in den Stand der Dediticier und daher des Verbleibens im bisherigen Stande der Unfreiheit war, so haben wir hier diejenige Fiction vor uns, welche die lex Iunia Norbana bezüglich des Nachlasses der von ihr geschaffenen Latini Iuniani statuirte. Indem aber die lex Iunia den Stand der Latini Iuniani schuf, hat sie zugleich denjenigen der Dediticier auf gewisse bisher von ihm ausgeschlossene Personen ausgedehnt. Diejenige Freilassung, welche nach bisherigem Rechte wegen eines bestimmten Mangels anstatt des Bürgerrechtes, welches sie ohne denselben gewähren würde, nur den prätorischen Schutz im Besitze der Freiheit gewährte, sollte nunmehr zwar gleichfalls nicht das Bürgerrecht aber doch die Latinität gewähren. Diejenige Freilassung dagegen, welche ohne jenen Mangel nur die Eigenschaft eines Dediticiers, also nicht mehr, sondern

weniger als Latinität gewährt hätte, sollte natürlich nicht etwa vermöge des Mangels mehr gewähren als sie ohne ihn gewährt hätte, so dass durch die lex Iunia derjenige zum Dediticier wurde, welcher schon nach der lex Aelia Dediticier geworden wäre, wenn er anstatt zu bloser prätorischer zu gesetzlicher Freiheit gelangt wäre. Durfte aber der bisherige prätorische Schützling durch die lex Iunia nicht zu einem höheren Stande gelangen als zu demjenigen, zu dem er schon nach bisherigem Rechte ohne den die Entstehung der legitima libertas hindernden Mangel gelangt wäre, so durfte er andererseits keinenfalls zu einer besseren Rechtsstellung gelangen als der Latinus Iunianus. Stand aber dieser sonst über dem Dediticier, so stand er doch unter demselben darin, dass er, nachdem er als Freier gelebt hatte, als Sklave starb. Diejenigen Dediticier also, welche erst durch die lex Iunia zu solchen wurden und ohne das sie zu Dediticiern degradirende vitium zu Latini Iuniani geworden wären, musste das Gesetz in Ansehung der Behandlung ihres Nachlasses diesen gleichstellen, und das in Frage stehende Fragment enthält u. E. nichts anderes als die diese Gleichstellung vollziehende Bestimmung der lex Iunia Norbana. Ist hier für gewisse Personen dieselbe Behandlung ihres Nachlasses verfügt, wie wenn sie dediticiorum numero facti non essent, und könnte es an sich immerhin zweifelhaft erscheinen, ob damit statuirt sei die Fiction des Verbleibens im Stande der Unfreiheit oder die Fiction der Stellung eines nicht dediticischen libertus, so waren doch im Munde der lex Iunia jene Worte schlechthin unzweideutig, da nach ihr diejenige Behandlung des Nachlasses, welche eintreten würde, falls der Dediticier Latinus Iunianus geworden wäre, schlechthin identisch ist mit derjenigen, welche eintreten würde, falls er Sklave geblieben wäre. Wenn aber unser Fragment einer an jene Worte sich anknüpfenden Streitfrage gedenkt, so dürfte es, wie Krüger (in dieser Zeitschr. I 99) mit Recht bemerkt, kaum möglich sein aus den wenigen darüber erhaltenen Worten den Inhalt derselben zu ergründen. Stoff zu einer solchen Streitfrage könnte namentlich die spätere Gesetzgebung geliefert haben; es liess sich z. B. darüber streiten, ob die Aenderungen, welche die Behandlung des Nachlasses der Latini Iuniani durch das

senatusconsultum Largianum erfuhr, auch auf jene Dediticier Anwendung finden, indem nunmehr gefragt werden konnte, ob die Vorschrift, ihren Nachlass so zu behandeln als wären sie nicht Dediticier geworden, denselben dem peculium eines gestorbenen Sklaven oder dem Nachlasse eines Latinus Iunianus gleichstelle; doch war natürlich letzteres anzunehmen, da die durch das Gesetz verfügte Gleichstellung des Nachlasses jener Dediticier mit einem peculium in der von ihm verfügten gleichen Behandlung des Nachlasses der Latini Iuniani ihren Grund hatte. Auf diesen Punkt beziehen sich auch die Worte des Gaius (III 75):

> nec me praeterit non satis in ea re legislatorem uoluntatem suam expressisse.

Dieselben sind ausgesprochen im unmittelbaren Anschlusse an die Worte:

> eorum vero bona, qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis ac si Latini decessissent;

sie können daher auch nur von diesem Falle verstanden werden; hat hier nach Gaius der Gesetzgeber seinen Willen „non satis" in Worten ausgedrückt, so bezeugt damit Gaius, dass das Gesetz den Fall ausdrücklich geregelt, aber nach seiner Meinung nicht unzweideutig genug geregelt hat. Eine Zweideutigkeit des Gesetzes fand aber Gaius ohne Zweifel eben darin, dass das Gesetz nur negativ gesagt hat, der Nachlass jener Personen solle behandelt werden, wie wenn sie nicht Dediticier geworden wären, und nicht positiv, es solle gehalten werden, als wären sie Latini Iuniani geworden. Dass allerdings Gaius unter dem Gesetze, von welchem er spricht, auch bezüglich der Dediticier der zweiten Art die lex Aelia Sentia sich denkt, ist nicht zu bezweifeln. Er bezeichnet beide Arten von Dediticiern als solche, welche lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit; er sagt sodann von den Dediticiern der einen Art, dass

> eorum bona . . . quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur,

und wenn er dann von den andern sagt, dass

corum .. bona ... proinde tribuuntur patronis ac si Latini decessissent,

so unterlässt er nicht etwa deshalb auch diese Bestimmung als eine solche der lex Aelia Sentia zu bezeichnen, weil er sie einem anderen Gesetze zuschreiben würde, sondern vielmehr aus dem von ihm sofort beigefügten Grunde, dass derjenige Gesetzestext, den er im Auge hat, die Gleichstellung mit den Latini Iuniani überhaupt nicht ausdrücklich ausspricht; legis lator ist nicht „der Gesetzgeber" in unserem modernen Sinne der gesetzgebenden Gewalt, sondern der Urheber des einzelnen Gesetzes; für das Gegentheil darf nicht etwa der interpolirte legislator der l. 32 § 1 D. de legib. angeführt werden. Setzt aber die Existenz von Dediticiern der zweiten Art die lex Iunia voraus, könnte also das von ihnen handelnde Gesetz nur dann die lex Aelia Sentia sein, wenn ihr die lex Iunia vorangegangen wäre: so ergibt sich daraus doch noch nicht, dass Gaius von der Annahme dieser Priorität ausging. Wie er vielmehr über das Zeitverhältniss dieser zwei Gesetze sich nirgends ausspricht, so scheint er auch darüber sich irgend eine Vorstellung nicht gebildet zu haben; er fasst sie nicht ins Auge als zwei nach einander entstandene, sondern nur als zwei neben einander geltende Gesetze. War aber die lex Iunia dasjenige Gesetz, welchem die Classe der Latini Iuniani, und die lex Aelia Sentia dasjenige, welchem die Classe der dediticischen Freigelassenen ihr Dasein verdankte, so lag nichts näher als die Beziehung jedes von Dediticiern handelnden Gesetzestextes auf die lex Aelia Sentia. Dem lässt sich nicht entgegnen, dass, wenn ein bestimmter Gesetzestext dem Gaius überhaupt vorlag, er ihm auch habe vorliegen müssen als Text desjenigen bestimmten Gesetzes, aus welchem er in Wirklichkeit stammte. Noch heutzutage werden ja Zusammenstellungen von Gesetzen vielfach in der Weise gemacht, dass in den Text eines bestimmten Gesetzes die ergänzenden Bestimmungen späterer Gesetze eingeschaltet werden und auch heutzutage noch hat dieses Verfahren neben dem Nutzen der praktischen Bequemlichkeit leicht den Nachtheil historisch irrezuführen, indem die Thatsache der Einschaltung übersehen und der eingeschaltete Text für ein wirkliches Stück des dadurch ergänzten Gesetzes gehalten wird. Möchten auch wir

mit Brinz nicht annehmen, dass es eine Sitte der römischen Juristen gewesen wäre spätere Modificationen eines Gesetzes für eigene Bestimmungen desselben auszugeben, so ist davon wesentlich verschieden ein unbewusstes Hineintragen späterer Ergänzungen in frühere Gesetze; denn das scharfe Auseinanderhalten Beider, welches das historische Interesse fordert, ist den Interessen der Praxis eher zuwider. Nirgends aber konnte das Bewusstsein nachträglicher Ergänzung sich leichter verwischen als wenn wie hier dem Bewusstsein der Gegenwart das ergänzte und das ergänzende Gesetz überhaupt nicht mehr als Erzeugnisse verschiedener Zeiten vorschwebten und zugleich die Ergänzung keinerlei Correctur des ergänzten Gesetzes, sondern lediglich die selbstverständliche Ausfüllung einer durch den sonstigen Inhalt des ergänzenden Gesetzes entstandenen Lücke enthielt.

Nach Abschluss der vorstehenden Darlegung kam mir durch die Güte der Redaction der Aufsatz des Herrn Prof. Schneider „die Latini Iuniani und das Berliner Fragment de dediticiis“ (in diesem Bande S. 186—204) zu. Derselbe behandelt insbesondere die von mir besprochenen Worte Ulpians und gelangt dabei zu Resultaten, deren Neuheit unbestreitbar ist, deren Unrichtigkeit mir aber freilich eben so wenig zweifelhaft zu sein scheint. Die Worte

Caesaris servum manere putat,

welche nach seinen früheren Ausführungen Vangerow mit einleuchtenden Gründen für ein Glossem erklärte, hält er nunmehr für echt; dass der Betreffende des Kaisers Sklave bleibe, sei ein abgekürzter Ausdruck dafür, dass er Sklave bleibe und Eigenthum des Kaisers werde. Wenn aber nach ihm Ulpian sagt, dass dies geschehe sei die Meinung des Gesetzes, und zwar sei dies deshalb als seine Meinung anzusehen, weil das Gesetz bestimme, dass die betreffende Person nicht Bürger werde, so gibt uns leider Schneider keine Andeutung darüber, wie Ulpian dazu kommen konnte daraus, dass nach dem Wortlaute des Gesetzes der Freigelassene nicht Bürger wird, zu schliessen, dass er zwar Sklave bleibe, aber aus einem

Sklaven seines bisherigen Herrn zum kaiserlichen Sklaven werde. Die wirkliche Meinung des Gesetzes soll dies denn auch eben so wenig gewesen sein als bis über die Zeit des Gaius hinaus das wirklich geltende Recht. Durch zwei Jahrhunderte sind nach Schneider die betreffenden Personen dem wirklichen Sinne der lex Aelia Sentia gemäss als Freie und Latinen behandelt worden, und erst die fiscalischen Tendenzen des dritten Jahrhunderts haben die Aufhebung dieser Freiheit zu Gunsten der kaiserlichen Kasse durchgesetzt. Es wäre dies ein Vorgang ohne Gleichen, bei welchem insbesondere Ulpian eine Rolle spielen würde, die man ihm nicht zutrauen sollte. Waren es die fiscalischen Tendenzen seiner Zeit, welche in Abweichung vom bisherigen Rechte diese neue Unfreiheit aufbrachten, so konnte ihm dies unmöglich unbekannt sein; durch jene Aeusserung hätte also derselbe Jurist, der mit Vorliebe beim ius naturale als einem solchen verweilt, welches keine Unfreiheit kennt, an rechtswidriger Unterdrückung bestehender Freiheit sich betheiligt und zu diesem Zwecke eine bewusste Fälschung nicht gescheut; denn nichts anderes wäre es gewesen, wenn er im Widerspruche sowohl mit aller Logik als mit dem bisherigen Rechte behauptet hätte, dadurch, dass das Gesetz gewissen Personen das Bürgerrecht versage, gebe es zu erkennen, dass dieselben als Sklaven des Kaisers gelten sollten. Mit dem Eingriffe in den Stand des Freigelassenen hätte jene der gesetzlichen Grundlage schechthin entbehrende Neuerung einen schreienden Eingriff in das Eigenthum seines Patrones verbunden, dem sie sein Patronatsrecht und vor allem sein Recht am Nachlasse des Freigelassenen zu Gunsten des Kaisers entzogen hätte. Schneider erinnert daran, dass namentlich wegen der Fähigkeit der servi publici, über ihr halbes Vermögen zu testiren, der zu einem solchen erklärte Privatsklave immerhin eine Verbesserung seiner Stellung erfahre. Schneiders Annahme wird jedoch dadurch um nichts acceptabler. Denn einerseits bewirkte nach ihm jene Behandlung nicht eine Standeserhöhung eines solchen, welcher ohne dieselbe Privatsklave geblieben wäre, sondern eine Degradirung eines solchen, welcher ohne sie überhaupt nicht Sklave wäre, und andererseits ist jenes Vorrecht des servus publicus ein solches, welches er nicht nur vor anderen Sklaven, sondern

ebenso vor dem Latinus Iunianus voraus hat. Wäre der Freilasser seines Eigenthums am Nachlasse des Freigelassenen um fiscalischer Tendenzen willen beraubt worden, so hätte das nicht den Effect haben können, dass der bisher als Freier von der Errichtung eines Testamentes Ausgeschlossene durch seine Degradirung zum Sklaven derselben fähig geworden wäre; diejenige Hälfte des Nachlasses vielmehr, welche der Fiscus der eigenen Verfügung seiner Sklaven anheimgibt, hätte hier dem Freilasser verbleiben müssen.

Dass aber die gleiche Verwandlung in kaiserliche Sklaven den testamentarisch Manumittirten, die Ulpian zu Latinen erklärt, nicht widerfuhr, das beruht nach Schneider auf dem „immer noch vorhandenen" Respect vor dem letzten Willen. Angesichts der julisch-papischen Gesetzgebung erscheint es aber wenig wahrscheinlich, dass der auf fiscalischen Tendenzen beruhende Mangel an Respect vor dem Privatrechte vor dem letzten Willen schlechthin Halt gemacht haben sollte, und ausserdem ist der Gegensatz, um welchen es hier sich handelt, nicht derjenige der erleichterten oder erschwerten Geltung eines letzten oder eines sonstigen Willens; nicht die blose Geltung meines Willens tastet ja die Bestimmung an, welche meinen Freigelassenen zum kaiserlichen Sklaven macht und sein mir verfangenes Vermögen mir entreisst, sondern mein Eigenthum. Wo aber kein Respect ist vor dem Eigenthume des bisherigen Herrn und nunmehrigen Patrons, da ist gewiss auch keiner vor demjenigen seiner Erben; scheut sich der Fiscus nicht mir selbst meinen Freigelassenen und sein Vermögen zu entziehen, so ist nicht abzusehen, woher ihm diese Scheu meinen Erben gegenüber kommen sollte. In einem höchst zweideutigen Lichte erscheint aber auch in diesem Falle der testamentarischen Freilassung Ulpians Argumentiren aus dem Wortlaute des Gesetzes. Sagt nach Schneider Ulpian, für den einen Fall laute die Erklärung des Gesetzes so und sei daher seine Meinung diese, im anderen dagegen laute seine Anweisung anders und sei demgemäss die aus dieser abzuleitende Behandlung des Freigelassenen eine andere, so muss man annehmen, Ulpian habe die Anordnung des Gesetzes in der von ihm berichteten zweifachen Gestalt vor sich gehabt. Dass ihm wirklich der Originaltext des Gesetzes vorlag, ist

damit an sich noch nicht gesagt, aber doch wahrscheinlich, wenn der von ihm berichtete Wortlaut als Wortlaut des Gesetzes sich denken lässt, und beinahe sicher, wenn er als ein in die Zeit des Gesetzes zurückreichender sich zu erkennen gibt durch eine Fassung, die nicht erst in der späteren Zeit des Berichterstatters entstanden sein kann. Dies alles trifft im gegenwärtigen Falle zu. Das Gesetz redet in dem seiner Zeit geläufigen, derjenigen Ulpians dagegen nicht mehr angemessenen Stile der Anweisung an die Gerichtsobrigkeit, es weist den betreffenden Personen ihre rechtliche Stellung in Worten an, mit welchen eine bestimmte rechtliche Bedeutung sich verband, aber zu Ulpians Zeit nicht mehr verbindet, und letzteres bestätigt Ulpian dadurch, dass er angibt, welches nach dem Rechte und der Rechtssprache seiner Zeit die auf Grund jener Gesetzesworte den betreffenden Personen zukommende Stellung ist. Nach Schneider haben aber nun jene Gesetzesworte überhaupt nicht als solche existirt und hat vielmehr das Gesetz für den einen wie für den anderen Fall mit der Negation des Bürgerrechtes sich begnügt. Noch nicht damit zufrieden, aus den wirklichen Worten des Gesetzes eine Folgerung abzuleiten, die aus ihnen in keiner Weise sich ergab, hätte Ulpian doch wieder diese Folgerung auf einen Theil der vom Gesetze umfassten Fälle beschränkt und für einen anderen Theil nicht nur eine andere Behandlung statuirt, sondern dieselbe auf andere gar nicht existirende Gesetzesworte gegründet, von denen uns freilich nicht gesagt wird, ob er sie selbst erfunden hat oder sich von anderen hat weis machen lassen. Gemacht hat man nach Schneider jene Unterscheidung ohne allen Anhalt im Gesetzestexte aus Respect vor dem letzten Willen: nachdem man sie aber einmal gemacht hatte, „so konnte man wohl sagen, dass das Latinum fieri vom Gesetze gefordert werde, während bei der vindicta einfach der Wortlaut des Gesetzes angeführt wurde“. Während man also für den einen Fall das anführte, was das Gesetz ohne Beschränkung auf diesen Fall wirklich gesagt hatte, so konnte man für den anderen Fall „wohl sagen“, dass für ihn das Gesetz etwas anderes gesagt habe! Denn nicht etwa nur w o l l e n, sondern geradezu s a g e n liess man das Gesetz für den anderen Fall etwas anderes, und zwar mit solchem

Raffinement, dass man das Gesetz nicht in der Sprache der eigenen Zeit reden liess, sondern mit einem für jene Zeit höchst merkwürdigen historischen Sinn und Geschick einen Gesetzestext fabricirte, welcher die Sprache einer um zweihundert Jahre zurückliegenden Zeit führte, so dass man das praktische Resultat für die Gegenwart in diesem selbstfabricirten Gesetzestexte nicht unmittelbar enthalten sein liess, sondern erst im Wege der Folgerung aus ihm ableitete. Sollten wir solches annehmen, so würde sich daraus ein Schluss nicht nur auf die ungeheuere Gewalt der damaligen fiscalischen Tendenzen, sondern auch auf die vollendete Heuchelei ergeben, mit welcher dieselben, keine Fälschung scheuend, sich in das Gewand des alten Rechtes zu hüllen verstanden hätten. Indem es sich aber um eine nur dem gewiegten Juristen mögliche Art der Fälschung handeln würde, so wäre damit ein Licht geworfen auf die Jurisprudenz jener Zeit, welches eine ganz neue Art der Deutung ihrer Ueberreste begründen, zugleich aber dieselbe als eine dermassen bodenlose erscheinen lassen würde, dass niemand mehr Lust hätte mit solchen Betrügern wie Papinian, Ulpian und Paulus sich ferner zu beschäftigen und ihren Worten irgend welchen Glauben zu schenken.

VII.

Zur Theorie und Geschichte der Popularklage.

Erster Beitrag.

Von

Herrn Dr. **Richard Maschke**

in Berlin.

Die Popularklage hat eine umfassende Litteratur zu verzeichnen: während die ältere Theorie[1]) von der principiellen Ueberweisung der popularen Geldstrafe an den Kläger ausging und hieraus ein persönliches Recht desselben sowie ein individuelles Interesse an der Verurtheilung des Beklagten construirte, stellte zuerst Savigny[2]) den Grundsatz auf, dass die Popularklage der Vertheidigung eines öffentlichen Rechts gelte und dass die Einziehung der verwirkten Geldsumme durch den Kläger als Belohnung für die im öffentlichen Interesse aufgewendete Mühe zu betrachten sei. Ins Detail eingehend fasste darauf Mommsen[3]) die Gesammtstellung der Popularklage inmitten des civilen und criminellen Rechts in's Auge, besonders im Administrativprozess, wo sie als Mittel zur Einklagung von Steuern und anderen Schulden an's Aerar erscheint; er zeigte ferner die wesentliche Gleichartigkeit von verschiedenen charakteristischen Momenten der procuratorischen und Popularklage und schloss aus der dieserhalb angenommenen stillschweigenden Vertretung des Staats durch den Popularkläger auf Einklagung der Strafe durch das Aerar.

Im Zusammenhang hat dann Bruns[4]) und zwar mit fast entgegengesetztem Resultat die Theorie der Popularklage behandelt. Die gesammte Ueberlieferung ist von ihm mit grosser

---

[1]) Puchta, Instit. II § 219h. Walter, Röm. Rechtsgesch. II, 801. — [2]) v. Savigny, System II, 131. Oblig. II, 303. 313 f. — [3]) Mommsen, Stadtrechte von Salpensa und Malaga 1858 p. 461 ff. cf. Staatsrecht I, 140. 170 ff. — [4]) Bruns, Die römischen Popularklagen Bd. III dieser Zeitschrift p. 341—415 = kleinere Schriften I p. 313—375.

Vollständigkeit zusammengestellt und scharfsinnig gesichtet, wenn auch vielleicht der leitende Gedanke der Untersuchung nicht ganz zutreffend ist. Bruns schliesst aus genauer Interpretation der Ueberlieferung im Einzelnen, dass in den durch Spezialgesetze eingerichteten Popularklagen allerdings eine Uebertragung der Geldbusse an den Staat angenommen werden müsse, unter anderm auch auf Grund der oft wiederkehrenden Formel populo dare damnas esto. Was dagegen die anderen, meist auf dem prätorischen Edikt beruhenden Popularklagen betrifft, so führt eine genaue Untersuchung der Einzelbestimmungen Bruns zu dem Resultat, dass hier der Kläger die Busse behielt; hier also erscheint ihm die Annahme einer Procuratur unstatthaft, die er dort zulässt. Er sieht sich demnach zu einer Unterscheidung innerhalb der Popularklagen derart gezwungen, dass er die prinzipiell verschiedene Natur der prätorischen und legalen — um sie so zu nennen — statuirt: in jenen vertritt der Kläger sein eignes, selbständiges Recht und in seinem Interesse, in diesen ein Recht des Staats und zwar in dessen Interesse und supponirtem Auftrag. Nun erscheint es aber äusserst bedenklich, zwei so verschiedene rechtliche Institute unter demselben Namen zu begreifen. Bruns nimmt deshalb an, die Bezeichnung der legalen Popularklagen als solcher sei eine missbräuchliche und moderne: nur die prätorische Popularklage habe im Alterthum diesen Namen geführt; das Wesen der Popularklage ist demnach, dass der Kläger durch sie ein eignes Recht und zu eigenem Nutzen wahrnimmt.

Die Anwendung der popularen Geldstrafe lässt sich wie Bruns' Beispiel zeigt, nur durch strikte Interpretation der Quellenstellen für jeden einzelnen Fall bestimmen. Seine mit grösster Umsicht geführte Untersuchung ergiebt — und es ist dieses Resultat jetzt wol allgemein acceptirt — die Einziehung der Strafe durch den Kläger

1) bei der actio de effusis et deiectis in ihrer dreifachen Modification [1]),

2) bei der actio de positis et suspensis,

---

[1]) Ich bemerke gleich hier, dass ich die Popularität bei allen Klagen de effusis annehme.

3) bei der Digestenklage de sepulcro violato.

Indifferent sind die Angaben

4) über die actio de albo corrupto.

Dagegen gehören zur ersten Kategorie die popularen Interdikte, welche sich an die Popularklagen zum Schutz der öffentlichen Wege inhaltlich anschliessen. Freilich ist hier nach der Natur des Interdiktenverfahrens von Klage und Verurtheilung zur Geldstrafe zunächst nicht die Rede; die entsprechenden Elemente kommen erst durch Sponsion des sich verletzt Glaubenden und Restipulation des Imploraten hinein. Die Dinge liegen hier also wesentlich anders als auf dem Actionengebiet. Der Implorant, der den Imploraten auf Sponsion provozirt, trägt ein persönliches Risico, den Verlust der Sponsionssummen; es ist daher nicht mehr wie billig, dass dieses Risico durch den Gewinn der Restipulationssumme für ihn wieder ausgeglichen wird. Wie es auch im Wesen und Wortlaut der Sponsionsformel liegt, dass die Summen sowohl der Sponsion wie der Restipulation der siegreichen Partei als Gewinn der Wette ausgezahlt werden. Ueberliefert ist der populare Charakter, abgesehen von der zugehörigen operis novi nuntiatio nur bei Dreien dieser Interdikte. Allein aus den Worten des Pomponius[1])

> „Cuilibet in publicum petere permittendum est id quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur"

hat Ihering[2]), ich glaube mit Recht, geschlossen, dass alle Interdikte zum Schutz der res publicae und ihres Gebrauches popular waren, also auch z. B. die Interdikte wegen Verhinderung der Reparatur und Benutzung von Wegen, Flussufern etc. Bruns macht gegen diese Ausdehnung geltend, dass nach der Analogie der popularen Strafklagen ein Popularinterdikt nur in den Fällen statthaft ist, wo ein und dasselbe Factum als solches eine Klage für Jedermann begründet und das Factum nur möglicherweise bei jeder Person eintreten und eine Klage begründen könnte. Z. B. Wenn Jemand einen öffentlichen Weg versperrt, so ist damit Jeder an dessen

---

[1]) L. 1 D. de locis 43, 7. — [2]) Ihering, Geist I p. 201.



Benutzung gehindert und demgemäss klagberechtigt; verhindert dagegen Jemand eine bestimmte Porson an einer Reparatur, so ist nur diese geschädigt worden, und Bruns ist der Ansicht, dass die letztere Klage nur dem Verletzten zustehe und nur insofern popular sei, als das Recht, aus welchem sie fliesst, diesen Charakter trägt. Allein entspricht diese Scheidung wirklich der Analogie der popularen Klage? Die actio sepulcri violati, um nur ein Beispiel zu nennen, steht nicht blos dem zu, der durch Entweihung seines Familiengrabes persönlich gekränkt ist, sondern, falls er nicht klagt, jedem Fremden. Und so stets bei der Popularklage. Bei dem Interdiktenverfahren erscheint diese Handhabung um so natürlicher, als der Implorant durch die Restipulation auch seinerseits ein Risico übernimmt. Die Abtrennung der persönlich Geschädigten, welche Bruns statuirt, ist für das populare Interdiktenverfahren keineswegs eigenthümlich; sie kehrt analog in der Popularklage wieder und dies ohne anderen Einfluss, als dass die Formel des Prätors anders gestellt wird. Eben deshalb widerspricht die Bruns'sche Unterscheidung dem Wesen des popularen Klagrechts durchaus und statt aus der Analogie der Popularklage entnommen zu sein, wird sie vielmehr durch diese Analogie widerlegt. Meiner Annahme entsprechend zählt Bruns das Interdikt wegen Unbrauchbarmachung der öffentlichen Wege zu den wirklich popularen, weil Jeder an deren Benutzung durch eine Störung verhindert werden kann. Allein wenn dieses Interdikt wirklich popular ist d. h. cuivis competit, welcher rechtliche Hinderungsgrund liegt dann vor, dass nicht A klagen sollte, weil B durch N an der Benutzung der Strasse gehindert ist, während er selbst die Strasse nicht benutzte, also nicht in die Lage kam, sich einer Störung auszusetzen. Vorausgesetzt natürlich, dass nicht B selbst ein Interdikt nachsuchte, in welchem Falle er den Vorzug auch nach den Prinzipien der Popularklage erhalten musste. Wenn aber dies möglich war, weshalb sollte es dem A verwehrt sein, ein Interdikt nachzusuchen, weil B durch N an der Vornahme einer Reparatur gehindert war? Dass es recht selten vorgekommen sein wird, kann gewiss zugegeben werden, allein dies ist kein Grund, die rechtliche Möglichkeit in Zweifel zu ziehen. Wol aber können wir es

aus dieser seltnen praktischen Anwendung erklären, dass uns die Modifikation der Interdiktenformel für diesen Fall nicht erhalten ist. Denn darin hat Bruns gewiss Recht, dass die überlieferte Formel[1]) auf den persönlich Behinderten geht: es entspricht dies dem consequenten Sprachgebrauch der Juristen.

Die letzte prätorische Popularklage ist die actio de testamento aperto.[2]) Sie zeigt eine völlig abweichende Struktur in Betreff der Verwendung der erklagten Geldsumme: nicht der Kläger empfängt sie, sondern der Staat: es wird nur zufällig der Gebrauch von ihr gemacht, dass ein Theil derselben demjenigen zufällt, cuius opera maxime convictus est reus. Also nicht nothwendig dem Kläger; von mehreren Klägern z. B. wird der belohnt, welcher nach dem Gutachten des Prätors am meisten zur Aufhellung des Faktums gethan hat. Aehnlich in der lex Acilia sowie im Belohnungssystem des römischen Criminalprozesses. — Es folgen dann bei Bruns die auf einzelnen Gesetzen beruhenden Popularklagen, von denen der tabula Bantina bis zu den Klagen der Stadtrechte von Salpensa, Malaga und Ossuna. Ihre Aufzählung kann um so eher unterbleiben, als die Einziehung der Strafsumme durch den Staat hier von Niemand, soweit wir wissen, bezweifelt wird.[3])

Die Entscheidung über die Theorie der Popularklage, welche in den Quellen, wie man sieht, keineswegs einheitlich erscheint, hängt wie schon Ihering und Bruns wol erkannten, von der Rechtsstellung ab, die man dem einzelnen Bürger zu den res publicae in publico usu anweist. Diese Frage wurde durch den bekannten Streit zwischen Baselland und -Stadt über die zu dem letzteren gehörigen Festungswerke angeregt. Der praktische Fall ist wol bekannt und kommt auch hier nicht direkt in Betracht; die Controverse gipfelte in der Frage, wem das Eigenthum an den res publicae zuzuschreiben sei,

---

[1]) L. 2 § 45 ne quid in l. publ. 43, 8. Quominus illi via publica itinereve publico ire agere liceat vim fieri veto. — [2]) L. L. fr. 25 § 2 ad H. Lib. 29. — [3]) Ein Nachtrag bei Scialoja in der Einleitung zu seiner Uebersetzung von Bruns' Aufsatz. Im Uebrigen dient diese Einleitung theils zur Orientirung der Landsleute des Verfassers, theils will sie Bruns' Grundanschauung gegen Brinz vertheidigen.



dem Staat oder den Einzelindividuen. Die ältere Theorie hatte einstimmig für den Staat entschieden: erst mit Iherings Gutachten [1]) wurde die Frage recht eigentlich controvers. Das Wesen der res publicae in publico usu sieht Ihering in der Extracommerzialität und der Bestimmung zum öffentlichen Gebrauch des Publikums, einer unbestimmten Vielheit von Destinatären, wie er sagt, denen das Nutzungsrecht an diesen Dingen zusteht. Dieses Recht haben alle einzelnen Mitglieder des Staats. Damit ist das Wesen der res publicae in publico usu erschöpft: für ein besonderes Eigenthum des Staates an ihnen bleibt kein Raum. Auch würde der einzige reale Zweck desselben, die rechtliche Ueberführung des Ertrages der res publicae nach gemachtem Gemeingebrauch bei der Geringfügigkeit dieses Ertrages die Creirung eines besonderen Eigenthumsrechtes des Staats nicht rechtfertigen und dazu eines Eigenthumsrechtes, dem von vorne herein der Niessbrauch fehlt. Diese Beweisführung Iherings wurde unmittelbar darauf in einem denselben Fall betreffenden Gutachten Dernburgs [2]) bekämpft und die bis dahin gültige Theorie trotz einer Replik Iherings wieder zum Siege geführt. Dernburg geht von dem Satze aus: „Für den Begriff des Eigenthumsrechts ist die Beschränktheit der Detailbefugnisse des Inhabers gleichgiltig: es lässt sich nicht als Argument gegen das Eigenthum des Staats an den öffentlichen Sachen anführen, dass sein Einkommen aus denselben — in Folge des Gemeingebrauchs — unbedeutend sei". Und in der That, wie unbedeutend die fructus der viae publicae sein mag, einen Eigenthümer derselben muss es geben. Mit dem Hoheitsrecht von Ihering kommt man wol bei Staaten, aber nicht bei Gemeinden aus. Auch wird das Verhältniss mit den Worten für Eigenthum bezeichnet; man spricht vom ager publicus populi Romani.[3]) Der vielbestrittene Ausdruck also, dass die res publicae „nullius in bonis sunt" [4]) soll nur eine Negation des Invidualrechts enthalten, wie auch die unmittelbar

---

[1]) Ihering, Baselland und Baselstadt p. 37 ff. — [2]) Dernburg, Rechtsgutachten p. 9 ff. Pernice Labeo I p. 263—277. Eine Wiederholung dieser Beweisführung in einer Berliner Promotionsschrift. — [3]) Auch die deutsche Gesetzgebung vom 25. Mai 1873 spricht vom Eigenthum des fiscus an öffentliche Strassen. — [4]) L. 1 Pr. D. I, 8.

folgenden Worte zeigen: ipsius enim universitatis esse creduntur.[1]) Und in der That die Auffassung, dass der Bürger kein eignes Recht an den im Gemeingebrauch befindlichen Sachen hat, sondern dieses Recht ausübt und eventuell vertheidigt im Namen des Staates; sie ist keineswegs eine späte juristische Construction, sondern tief im Wesen des römischen Rechts begründet. Die römische Rechtsordnung basirt auf der strengen Scheidung des Rechts nach seinen beiden Trägern, dem pater familias und dem populus Romanus in ius privatum und ius publicum. Beide Rechtssphären sind scharf in sich begrenzt und genau gegen einander abgeschlossen. Dies zeigen die Verfassungsformeln, an die das Handeln des souveränen Volks gebunden war, die Comitien etc. Nicht die Summe der Bürger sondern die Bürgerschaft in ihrer rechtlich geordneten Einheit ist Subjekt der Staatsgewalt und Trägerin der Staatshoheit. So sind die Gesammtheit und der Einzelne gleichzeitig scharf isolirte Rechtssubjekte mit souveräner Machtvollkommenheit in ihrer Sphäre. Jeder ist als Privatus ein dem Ganzen — Populus — gegenüber selbstständig construirtes Ganzes: homo sui iuris, eine in sich abgeschlossene, nur von aussen her umschränkte Willenseinheit ohne organische Verbindung mit anderen Willenseinheiten. Ein Ausfluss dieser Stellung ist seine Qualität als pater familias, eine Herrschaftssphäre ohne Pflichten. Dagegen ist der Einzelne als civis Romanus lediglich Theil der Gesammtheit ohne selbständigen Antheil an einem der Rechte, die er als lebender Mitträger derselben ausübte.[2]) Er schützt deshalb, wenn er eins dieser Rechte vertheidigt, nicht sein Recht, sondern das des Volkes. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Bruns und Ihering. Sie nehmen an, der Kläger schütze hier sein eignes Sonderrecht und vertrete die Gesammtheit nur indirekt, insofern er dies subjektive Recht, nach welchem er klagt, iure civitatis hat. Allein dies Sonderrecht müsste dann auch rechtlich dem populus gegenüber anerkannt sein. Der Einzelne kann aber niemals klagen, wenn die Gemeinde z. B. durch irgend welche

---

[1]) Das publizistische Eigenthumsrecht Eisele's ist von den Neueren wol mit Recht nicht acceptirt worden seiner Undeutlichkeit wegen. —
[2]) Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht III p. 44 ff.



Verschiebung der Verkehrsanlagen ihn noch so schwer schädigt. Hienach kann ich Bruns nicht beistimmen, welcher die Popularklagen und Interdikte zum Schutze der öffentlichen Wege etc. aus dem unmittelbaren Bürgerrecht des Einzelnen an den res publicae ableitet: der Kläger vertheidige hier sein eignes subjektives Recht des Gebrauchs dieser Dinge und hiemit nur indirekt die Interessen der Gesammtheit. Allein diese indirekte Vertretung des Staats bildet den schwierigen Punkt der Theorie. Ihering[1]) sagt: „Wie der Eigenthümer durch die rei vindicatio sein Recht, so machte Jeder aus dem Kreis, für den die res publicae bestimmt sind, mittelst der actio popularis sein Recht geltend. Ob man sagen will, er thut es als Vertreter des gesammten Kreises oder vermöge eignen Rechts, ist vollkommen gleichgiltig — kurz es spricht sich in der Klage ein subjektives Recht aus.“ Ganz gleichgiltig doch wol nicht, denn wenn der Kläger als Vertreter des ganzen Kreises vorgeht, so ist er eben eine Art Staatsanwalt, und sein Klagrecht verliert dann den Charakter des Subjektiv-Individuellen. Wenn aber Bruns für seine Auffassung die bekannte Digestenstelle[2]) anführt: Loca enim publica privatorum usibus deserviunt iure scilicet civitatis non quasi propria cuiusque, so scheint mir gerade die letzte Bestimmung iure scilicet civitatis non quasi propria cuiusque der Anwendung, welche er von dem Vorhergehenden macht, entgegenzustehen. Bruns fährt fort: „Danach hat jeder Einzelne nicht nur ein Recht zu klagen, wenn er am Gebrauche direkt verhindert wird, sondern in seinem Recht, Wege, Flüsse etc. zu brauchen, liegt von selbst auch das Recht ...... wenn Andere den Gebrauch durch Anlagen beeinträchtigen, prohibitorisch oder restitutorisch dagegen aufzutreten“. Gewiss würde diese Erwägung das Klagrecht des im Gebrauche der loca publica Gehinderten vollkommen erklären; allein jeder römische Bürger hat ja auch das Recht gegen Jeden, der einen beliebigen Dritten am Gebrauch der

---

[1]) Ihering, Baselland p. 39. Ebendahin gehört die bedenkliche Theilung Scialojas (a. a. O. p. 16): diritto spettante alla communità come ente a se ma da esercitarsi da qualunque suo membro e diritto spettante a tutti i membri della communità e da esercitarsi percio di ciascuno di essi. — [2]) L. 2 § 2 D. ne quid 43, 8.

loca publica verhindert, klagend aufzutreten! Wie will man dies aus dem persönlichen und subjektiven Benutzungsrecht des Klägers ableiten, wie will man es anders erklären als durch die Annahme, durch das Auftreten des Beklagten ist ein allgemeines Recht des Staats, der Gesammtheit verletzt worden?

Dahin führt wol auch die Definition der Popularklage durch Paulus, deren Sinn wenigstens einem erheblichen Zweifel nicht unterliegt: Eam popularem actionem intellegimus quae sua vi ius populi tuetur.[1])

Also ein Volksrecht liess der Jurist durch sie vertheidigt werden, nicht das Recht des Einzelnen. Freilich was man nach alledem erwarten sollte, eine durchgängige Einziehung der erklagten Summe durch den Staat, verbieten die Quellen anzunehmen: es ist bekannt, dass die Mehrzahl der prätorischen Popularklagen dem Kläger zu Gute kommt. Trotzdem hat Bruns eine Einheit des Systems herzustellen gesucht. Von der Ansicht ausgehend, dass die multa popularis dem Kläger als in eigner Sache erkämpft gebühre, spricht er denjenigen Klagen, bei welchen dieses Resultat der Ueberlieferung widerstrebt, den Charakter als Popularklagen ab, nemlich allen durch Gesetz eingeführten. Diese Darstellung ist neuerdings von Hölder[2]) angenommen worden: „Bruns' Arbeit ist epochemachend für die Scheidung der jedem Bürger für sich zustehenden Popularklagen und der dem einzelnen Bürger anvertrauten Einforderung einer dem Populus geschuldeten Strafe“. Nur die erstere Gattung lässt Bruns als wirkliche

[1]) L. 1 D. de pop. act. 47, 23. Der Text nach Mommsen. Codd. suum ius populi, was unmöglich ist. Bruns giebt suum ius populo, allein statt ius populo tueri würde der Lateiner ius populi gesagt haben, und damit kommen wir wieder auf die Ueberlieferung zurück. Ich selbst würde vorschlagen, suum als Interpolation fallen zu lassen. Es hiesse dann quae ius populi tuetur. Ein Leser der, anderer Ansicht als Paulus, etwa wie heute Bruns, ein Sonderrecht des Klägers annahm, schrieb dazwischen suum (sc. ius actor tuetur). Damit würde der Text der Basilica stimmen: ἡ φυλάττουσα τὸ τοῦ δήμου δίκαιον. — Uebrigens ist dies auch die Stelle, welche Ihering zu jener gefährlichen Conzession vom Popularkläger als Vertreter des gesammten Kreises bestimmt hat. — [2]) Holtzendorff, Encyclopädie. s. v. Popularklage cf. Hölder, Institutionen 1882 p. 99 f.



Popularklage gelten; freilich sollte nun einmal dieser Gegensatz festgehalten werden, so würde alles dafür sprechen, gerade die legalen Popularklagen, deren procuratorische Natur jetzt bedingungslos und allgemein anerkannt wird, als popular zu bezeichnen: es sind zivilprozessualische Aktionen mit Ueberweisung der Geldstrafe an den Staat, in procuratorischer Weise durch Private angestellt.[1]) Dies hat auch Hölder erkannt, der zugleich einsah, dass das von Bruns hiegegen geltend gemachte Argument, der technische Name actio popularis komme in den überlieferten Gesetzesworten nicht vor, hinfällig ist. Dieser Ausdruck fehlt auch, soviel wir wissen, im Edikt, er findet sich nur im Ediktscommentar: Commentare aber zu den bezüglichen Gesetzen sind uns begreiflicher Weise nicht erhalten. Die Digestenrubrik de actionibus popularibus unterscheidet nicht zwischen den beiden Klagarten: ja sie giebt auch keinen Anhalt zu der Annahme, dass die eine Klagart ausgeschieden sei, was bei der mindestens sehr grossen Aehnlichkeit der Beiden doch immerhin erwartet werden müsste; eine stillschweigende Ausschliessung erscheint in diesem Fall so unwahrscheinlich wie nur möglich, wenn man bedenkt, dass die legale Popularklage und eine Nachbildung derselben ebenfalls in den Digesten vertreten ist, ich meine die actio de termino moto und bei Legaten ad pias causas.

Unter diesen Umständen sieht sich auch Hölder bewogen, die Bezeichnung als Popularklage auch den legalen zu ertheilen, doch so, dass er die sonstigen Aufstellungen von Bruns über die gegensätzliche Natur der beiden Klaggattungen annimmt und in Opposition zu Brinz weiter ausführt. Allein jetzt kommt Hölder in die missliche Lage, unter demselben Namen zwei rechtliche Institute von entgegengesetzter prinzipieller Bedeutung begreifen zu müssen: die nothwendige Einheit in der Idee des Ganzen wird dadurch vernichtet. Bruns' Theorie freilich, der durch Beschränkung des Ausdruckes Popularklage auf die prätorischen diese Klippe zu umgehen sucht, scheitert an ihr gleichfalls wenn auch in anderer Weise. Denn angenommen dass jene Beschränkung richtig sei, und dass der Popularkläger die Mult prinzipiell

---

[1]) Brinz, Pandekten I² § 86.

für sich in Anspruch zu nehmen habe, so würde auch hier der unlösbare Widerspruch entstehen, dass es auch prätorische Popularklagen mit Condemnation an den populus giebt, nemlich die actio de testamento aperto und ein Theil der actiones de sepulcro violato.[1])

Natürlich ist dieser Anstoss den Verfechtern jener Theorie nicht entgangen. Hölder bemerkt: „Einen eigenen Charakter hatte die actio de testamento aperto . . . indem hier die Strafsumme nur zur Hälfte dem Kläger praemii nomine zufiel. Während bei allen anderen prätorischen Popularklagen die Strafe dem Kläger in seiner Eigenschaft als Glied des Populus geschuldet wird, ist sie hier vielmehr dem Populus geschuldet, der nur seinem Vertreter die Hälfte überlässt". Bruns macht den Versuch, die Bedeutung dieser Thatsache abzuschwächen: „Ebenso klar zeigen aber auch die Worte praetor pollicetur, dass dieses hier auf einer besonderen, im Edikt enthaltenen Bestimmung des Prätors beruhte und bei Vergleichung der Bestimmung über das praemium mit ähnlichen Bestimmungen in Gesetzen wird man sich bald überzeugen, dass dieses Edikt einen wesentlich anderen Standpunkt als die übrigen Edikte mit Popularklagen hat und dass daher ein Schluss von ihm auf jene nicht zulässig ist."

Beide fühlen nicht, dass, wenn man die procuratorische Natur dieser Klage zugiebt, die zu leugnen freilich unmöglich scheint, damit die Theorie vom eignen Recht des Popularklägers unrettbar verloren ist. Denn juristische Institute sind organische Gebilde: sie gestatten wohl Unregelmässigkeiten im Detail, aber keine Ausnahmen von solcher Tragweite, dass dadurch das Wesen der Gesammtidee aufgehoben wird. So muss auch die Popularklage einem rechtlichen System unterworfen gewesen sein, und da wir unter den prätorischen Klagen eine mit unzweifelhaft procuratorischer Natur vorfinden, so würde es — rein äusserlich betrachtet — die Situation nicht ändern, wenn man die anderen, gleichfalls procuratorischen, Popularklagen climiniren könnte, abgesehen davon, dass die Nothwendigkeit dieses Vorgehens wenigstens nicht bewiesen ist. Denn wie ist diese Trennung der

[1]) Ueber diese Klagen cf. unten.



Klaggattungen überhaupt motivirt? Treffend bemerkt Hölder: „Wer eine dem Staate geschuldete Summe einklagt, der ist ein Vertreter fremden Rechts, da die Rechte des Populus als einer rechtlichen Einheit für den einzelnen Bürger fremde Rechte sind“. Aber ist die Geldbusse, die der Uebertreter des Edikts über die Sicherheit der öffentlichen Wege zu erlegen hat, weniger eine deliktische Geldschuld an den Staat als die, welche auf eine Uebertretung der lex Bantina gesetzt ist? In welcher Weise unterscheidet sich qualitativ das Interesse des Bürgers an der Aufrechterhaltung eines Edikts von dem an der allgemeinen Befolgung eines Gesetzes? Und wenn ein solcher Unterschied nicht vorhanden ist, weshalb dann eine verschieden technische Behandlung? Wenn also Hölder bemerkt: „Dort“ — in der prätorischen Popularklage — „ist der Gegensatz des Privaten und Popularen der des Einzelnen und Aller, indem die popularis actio nicht ein Sonderinteresse des Klägers, sondern ein Interesse aller Bürger wahrt, das als Interesse jedes Bürgers für Jenen in keiner Weise ein fremdes ist“, so ist diese Unterscheidung, soweit wir sehen, durch nichts gerechtfertigt, abgesehen davon, dass die Auffassung der Bürger habe ein persönliches Sonderrecht an den öffentlichen Dingen, nach dem Obigen schwerlich zu zu billigen ist. Wie denn auch Hölder selbst unmittelbar darauf in den schon zitirten Worten das Entscheidende ausspricht, dass die Rechte des populus als einer rechtlichen Einheit für den Bürger durchaus fremde Rechte sind. Schliesslich, welche formale Berechtigung hat die Gegenüberstellung der prätorischen und gesetzlichen Popularklagen? Das Edikt ist kaum weniger Gesetz, wie das Plebiszit, wenn es auch von den competenten Beamten jedesmal neu anerkannt werden musste: legis vicem habet. Sachlich liegt kein Gegensatz zwischen Volksschluss und Edikt vor: der Prätor hat vielmehr die Aufgabe, das aus der Curie und den Comitien hervorgegangene Recht zu vervollständigen, Lücken zu ergänzen, Härten zu mildern, überhaupt die durch die Zeitverhältnisse nöthigen Modifikationen vorzunehmen. Bei einer solchen Thätigkeit wird man einen Gegensatz zwischen Volksschluss und Edikt nur, wo er sich im einzelnen Fall unausweichlich aufdrängt, annehmen: prinzipiell und im Allgemeinen erscheint

er unstatthaft und demgemäss auch die Unterscheidung zwischen legaler und prätorischer Popularklage. Allein wenn die Frage auch nicht lautet, Gesetz oder Edikt, so lautet sie doch Ueberlieferung durch die Originalgesetze oder Ueberlieferung durch die Digesten. Die Wahl, denke ich, kann nicht zweifelhaft sein. Wieviel kann bei der fortwährenden Modification der Edikte durch die Edizenten bis zum Beginn der Kaiserzeit und die doppelte Redaktion unter Hadrian und Justinian, wie viel Wichtiges kann da weggelassen, wie oft können Corollarien zur Hauptsache gemacht, Rechtsinstitute in ihrer innersten Idee getrübt und unkenntlich gemacht sein. Zu demselben Resultat führt die Betrachtung der Popularklage in ihrer Stellung zwischen dem römischen Civil- und Criminalrecht überhaupt.

Innerhalb der öffentlichen Geldstrafen tritt uns zunächst die coerzitive Mult entgegen, ein Zwangsmittel des Beamten bei Störung seiner Amtsführung und bei Widerstand gegen seine Anordnungen. Sie ist ihrer Natur nach nicht auf eine bestimmte Summe fixirt, wol aber hat späterhin das Gesetz eine Maximalgrenze bestimmt, die sie einhalten muss, widrigenfalls sie, wenigstens im Amtsgebiet domi der Provokation unterworfen ist: damit näherte sich das Verfahren, das früher der magistratischen Coerzition und Arbitration zugehörte, der magistratischen Iudication und wurde so criminell. Der technische Ausdruck dafür ist multam dicere = irrogare, womit späterhin in sacrum iudicare identisch ist. Ist aber die Geldstrafe für einen bestimmten Fall durch Spezialgesetz fest normirt, so haben wir es mit einer vermögensrechtlichen bedingten Forderung des Aerars an einen Privaten zu thun, ähnlich der Steuer und Pachtsumme (tributum und vectigal) mit dem Unterschiede freilich, dass der Obligationsgrund dort ein deliktischer ist. Als Vertreter der Gemeinde in diesen Klagen erschien naturgemäss ein Magistrat: es war das eine Art Fortsetzung der arbitrativen Coerzitionsmult, neben welche wir die Popularklage nicht selten elektiv gestellt finden. Das auf allseitige Schwächung der Beamtengewalt gerichtete Streben der römischen Gemeinde zeigte sich alsbald in der Popularisirung des Klagrechts, das bei den am Gemeindevermögen begangenen Delikten jedem Bürger in die Hand

gegeben wurde. Eine Etappe auf dem Wege dieser Entwicklung bezeichnen die Klagen der Tafel von Bantia. Hier werden arbitrare Coerzitionsmult und deliktische Geldstrafe elektiv neben einander gestellt. In dem letzteren Fall liess man hier dem Magistrat noch das Anklagevorrecht, es war eine Reminiszenz an die anfangs freie Mult, die erst allmählich durch die Provokation zur Bagatellstrafe hinabsank. Ganz ähnlich die Bestimmungen der lex Silia und des Municipalgesetzes von Todi. Daran schlossen sich dann die einzelnen Popularklagen, durch Gesetz oder Edikt fixirte Klagen ähnlicher Art, kraft deren Rechtsverletzungen römischer Bürger, die ihrer Natur nach eine Schädigung des Gemeinwesens involviren, vom Verletzten, in zweiter Linie von jedem Magistrat oder Bürger geahndet werden.[1])

Die Entwicklung der Popularklage zu verfolgen gestattet am besten eine Vergleichung dessen, was über die Begräbnissmult in den Digesten und in zahlreichen Inschriften verlautet. Die Digestenklage sepulcri violati zwingt uns, die Einklagung der Summe durch den Kläger für sich anzunehmen.[2]) Freilich erregt die Analogie zahlreicher Grabschriften Bedenken, welche Grabschändern Strafen androhn, die dem Aerar oder einer geistlichen Kasse zu Gute kommen.[3]) Die rechtliche Giltigkeit dieser Drohungen, falls man an ihr festhalten will, wird man mit Mommsen[4]) durch Annahme eines unbekannten Volksschlusses erklären müssen, der dergleichen Strafen bis zu einer bestimmten Höhe und unter bestimmten Modalitäten sanktionirt habe. Diese Bestimmung mag sehr alt gewesen sein, ja sie hat möglicherweise schon in den XII Tafeln gestanden. Analoges findet sich auf griechischen Grabschriften[5])

---

[1]) Mommsen, Staatsrecht I² p. 174 ff. — [2]) L. 3 D. de sep. viol. 47, 12. — [3]) Gesammelt bei Bruns p. 341. — [4]) Mommsen, Staatsrecht II, 67 u. VII. — [5]) Le Bas 1288 cf. 1301. 1302. 1303. Huschke, Multa p. 302—352, bes. p. 321 ff. Seine Annahme, dass jeder sepulcralen Mult eine gleichlautende Bestimmung im Testament des Verstorbnen zu Grunde lag, halte ich für äusserst bedenklich. Die Frage bedarf einer umfassenden Revison. Auch nach Vidal-Lablache de titulis funebribus in Asia minore. Paris 1872. Wie stellte sich das nationalgriechische Recht dazu? Und wie die römische Verwaltung des hellenistischen Orients? Gerichtsstand war die bedachte Gemeinde als forum solutionis cf. L. 3 D. de rebus auct. 42, 5 und L. 20 D. de iudiciis V, 1.

z. B. *ὁ Θάψας ὀφειλήσει Κνανειτῶν τῷ δήμῳ δραχμὰς φ' ἐξουσίαν ἔχοντος πρᾶξαι παντὶ τῷ βουλομένῳ ἐφ' ἡμίσει.* Wenn uns hier das griechische Recht auf derjenigen Entwickelungsstufe entgegentritt, wo die allgemeine Anklage de sepulcro violato bereits durchgeführt war, wird dagegen in den älteren römischen Inschriften[1]) die Belohnung dem Denunzianten zugewiesen, in einer späteren[2]) erst das populare Klagrecht ausgesprochen. Es ist wol kein Zufall, dass in den älteren Inschriften der Denunziant, in den Digesten der Kläger belohnt wird. Wir haben eben hier das Uebergangsstadium vor uns, wie es die Tafel von Bantia voraussetzt. Das Anklagerecht war anfangs Monopol der höheren Beamten, wollte man also den Privatmann belohnen, cuius opera maxime convictus erat reus, so konnte es nur der Delator sein. Die Concurrenz des magistratischen Klagrechts mit dem privaten zeigt die Tafel von Bantia; das letztere siegte, wie es in der Natur der Sache lag, und so zeigt die actio sepulcri in den Digesten die rein populare Struktur und demgemäss die Belohnung des Klägers statt der des Denunzianten, für den keine Stelle mehr war. Ich läugne übrigens keineswegs, dass der uns vorliegende Wortlaut der Digestenklage de sepulcro violato eine Einklagung der Strafsumme durch den Kläger für sich anzunehmen zwingt, nicht eine Einklagung für den Staat und demnächstige Ueberlassung derselben als Accusationsprämie. Allein wenn einmal der Staat die Accusationsprämie auf die Höhe der einzuklagenden Geldsumme fixirte, so war es schliesslich nur eine Vereinfachung des Rechtsganges, eine Einklagung der Busse durch den Kläger direkt zuzulassen.

Die Bruns'sche Theorie hat in neuerer Zeit zahlreiche Anhänger gefunden,[3]) einen entschiedenen Widersacher neben Gierke besonders in Brinz.[4])

Brinz missbilligt die Sonderung der Popularklagen in zwei prinzipiell verschiedne Gattungen. Wenn er dann freilich bemerkt: „Indessen scheint uns eine Strafklage darum, dass die Strafe dem Kläger überlassen wird, die procuratorische

---

[1]) Annali d. J. 1857 p. 305. Henzer 7337. C. I. L. III, 684. — [2]) C. I. L.V, 8304. — [3]) Bethmann-Hollweg, Civilprozess 2, 185 f. Wach zu Keller, Civilprozess §[4] 92. Ihering, Geist I p. 201 ff. III, 1 p. 339. Binding, Grundriss 1884 p. [3]15. — [4]) Brinz, Pandekten I[2] § 86.

Natur der Popularklage nicht abgesprochen werden zu können. Der Procurator in rem suam datus ist noch immer Procurator", so fürchte ich freilich, dass durch diesen Hinweis etwas in die Theorie der Popularklage hineingelegt wird, wozu die Quellen keinen Anhalt bieten. Der Grund für die unzweifelhaft vorgekommene Einziehung der Mult durch den Kläger ist wol in dem Belohnungsprinzip zu suchen, schwerlich aber in der Fiction einer Procuratur in rem suam. Denn diese Procuratur in rem suam fehlt keineswegs in der Popularklage: sie hat die Wirkungen, dass die sonstigen Beschränkungen der Procuratur, Unfähigkeit, einen Procurator zu ernennen, etc. wegfallen. Wenn Brinz schliesslich das Wesen der Popularklage derart zusammenfasst, dass sie

1) cuivis ex populo zustehe,

2) eine Volkssache verfolge,

3) dass die Mult mitunter in die Volkskasse fliesse,

so möchte ich nur an letzter Stelle substituiren:

die Mult prinzipiell in die Volkskasse fliesse.

Es ist interessant zu beobachten, dass die moderne Detailforschung hier wie so oft in der römischen Rechtswissenschaft die Gesichtspunkte lediglich zu verfolgen hat, die im Grossen Ganzen von Savigny aufgestellt sind. Savigny sieht in dem Popularkläger eine Art Staatsanwalt, der eine allgemeine Bürgerpflicht ausübt, „um irgend ein öffentliches Interesse, politisches, polizeiliches, sittliches durch die Strafe zu schützen", und „dem dafür als eine Art von Besoldung für diese öffentliche Thätigkeit der Gewinn der eingeklagten Summe" — wir müssen nach dem Bekanntwerden der römischen Stadtrechte hinzufügen: in vielen Fällen — „gestattet war".

VIII.

Die Commentarii der römischen Kaiser und die Registerbücher der Päpste.

Von

Herrn Professor **H. Bresslau**

in Berlin.

Während P. Ewald, unter den jüngeren Forschern ohne Frage derjenige, dem wir die vielseitigste und gründlichste Erweiterung unserer Kenntniss des ältesten päpstlichen Urkundenwesens verdanken, noch im Jahre 1878 der Meinung war,[1]) dass der Brauch Register, d. h. systematische geordnete Copialbücher der aus der päpstlichen Kanzlei ausgegangenen Correspondenz zu führen, nicht älter als der Pontificat Gregors I. sei, dass des letzteren Regierung auch in dieser Beziehung einen Wendepunkt der päpstlichen Administration bezeichne, hat er selbst in einer späteren Arbeit diese Ansicht aufgegeben. Indem es ihm vergönnt war, in scharfsinniger und anregender Untersuchung die zum guten Theil bisher unbekannten Papstbriefe und Fragmente von Papstbriefen der sogenannten britischen Sammlung (Brit. Museum, Addit. Manuscr. 8873) gelehrter Forschung zugänglich zu machen, konnte er sich der Erkenntniss nicht verschliessen, dass die Quelle dieser Sammlung eben die lateranensischen Register waren: [2]) die Existenz solcher Register war, da der Londoner Codex mehr als sechzig Briefe von Gelasius I. enthält, damit schon für den Ausgang des fünften Jahrhunderts [3]) erwiesen, und noch im zwölften Jahrhundert sind diese Registerbücher vorhanden gewesen.

Ob sich Spuren derselben noch weiter rückwärts verfolgen lassen, ist eine Frage, der man bisher nicht näher getreten ist, obwohl es für ihre Beantwortung an Anhaltspunkten nicht zu fehlen scheint.

---

[1]) Neues Archiv III, 437. — [2]) Neues Archiv V, 508 f. — [3]) Gelasius I. regiert 492—96. Dass schon Deusdedit zu Jaffé² Reg. 694 das Register Gelasius I. citirt, war von Ewald nicht hervorgehoben worden.

Schon bei den Briefen Leo's I. liegt der Gedanke, dass unsere Ueberlieferung zum Theil [1]) auf lateranensische Register zurückgehe, ausserordentlich nahe: wenn Ewald denselben früher abgewiesen hat, so geschah das nur, weil er die aus dem neunten Jahrhundert stammenden Nachrichten über das Register Gregors I. als ausschlaggebend gegen die Annahme einer älteren Existenz des Brauches der Registrirung ansehen zu müssen meinte — eine Erwägung, die jetzt nicht mehr in Betracht kommen kann. Doch liegt eine eingehende Untersuchung der von Leo I. erhaltenen Briefe nicht im Plane dieser Arbeit; sie würde eine freilich auch nach anderen Gesichtspunkten sehr wünschenswerthe Prüfung der handschriftlichen Ueberlieferung jener Briefe voraussetzen, die indes weit über unsere nächsten Zwecke hinausführen würde. Wir können derselben um so eher entrathen, als es uns darauf ankommt, die ältesten Spuren der Register im lateranensischen Archiv nachzuweisen, und diese noch vor Leo's I. Zeit liegen.

Als ein sicheres Kennzeichen des Ursprungs päpstlicher Briefe aus den Registerbüchern kann man, nach dem was wir aus den erhaltenen Registern Gregors I., Johanns VIII. und Gregors VII. wissen, das Vorhandensein der Kanzleinotiz „a pari" oder „a paribus" betrachten, wofür im 13. Jahrhundert „in eundem modum" gesagt wurde. [2]) Diese Be-

---

[1]) Einzelne der uns erhaltenen Briefe stammen freilich gewiss nicht aus denselben, so z. B. die lediglich in einem arelatensischen Codex aufbewahrten Briefe an Bischof Ravennius von Arles (Jaffé² Reg. 435. 436. 451), deren Ableitung aus den Originalen sich auch dadurch zu erkennen giebt, dass in ihnen die in den Registern der Regel nach fehlende Subscriptio papae (Deus te incolumem custodiat, frater carissime) sich findet. — [2]) Vgl. Ewald, Zum Register Gregors VII. in der Festschrift für Arnold Schäfer (Bonn 1882) S. 298 f. 311 f. und desselben Anmerkung zur Ausgabe des Registrum Gregors I. S. 29. — Gleichbedeutend mit „a pari" ist „uniformis" gebraucht, Reg. Greg. I., ep. VII, 20. Vgl. Urkunde bei Galletti, Del primicero S. 182: duas chartas u n i f o r m e conscriptas. Verbunden sind beide Ausdrücke Troya Cod. dipl. V N. 802: has autem duas chartas u n a f o r m e conscriptas mihi Theodoro . . . scribendas p a r i t e r dictaverunt. Von „a pari" abgeleitet ist der substantivische Ausdruck „appare", vgl. das in vier gleichlautenden Ausfertigungen geschriebene Placitum eines missus des Königs Ratchis von 747 (Reg. Farfense II Nr. 35): quatuor breves consimiles . . . uno tenore conscripti sunt . . . Unum quidem brevem nobiscum

merkung wurde allen denjenigen Briefen hinzugefügt, welche in gleichlautenden Ausfertigungen an mehrere Adressaten gerichtet, ins Register natürlich ihrem Wortlaut nach nur einmal eingetragen wurden. Da diese Notizen selbstverständlich niemals den ausgefertigten Originalen hinzugefügt wurden — wo in diesen der Adressat von der Absendung gleichlautender Schreiben an andere Empfänger verständigt werden sollte, geschah das immer durch einen eigenen Satz im Context der Briefe — so weist ihr Vorkommen in Handschriften stets mit Sicherheit darauf hin, dass diese Handschriften mittelbar oder unmittelbar aus dem Register geschöpft haben. Auch tragen die mit ihnen versehenen Briefe stets noch andere Merkmale des Ursprungs aus dem Register: Vereinfachung der Adresse (in welcher der Name des Adressaten auf den des Papstes folgt, während er ihm in den Originalen bis ins 8. Jahrhundert in der Regel voranging) und Fehlen der eigenhändigen päpstlichen Subscription, die auf den wahrscheinlich für die Eintragung in die Register benutzten Concepten natürlich nicht vorhanden war.

Diese Kanzleinotiz, die ich bei Leo I. nur einmal (Jaffé[2] Reg. 525) bemerkt habe, findet sich nun in noch drei älteren Briefen; zweien von Zosimus, Jaffé[2] Reg. 331 und 334, und einem von Coelestin I., Jaffé[2] Reg. 373. Reg. 331 hat die Adresse: Zosimus Aurelio et universis episcopis per Africam constitutis, universis episcopis per Gallias et septem provinciis, universis episcopis per Hispaniam constitutis a pari, Reg. 334 diejenige: Zosimus episcopis provinciae Viennensis et Narbonensis secundae a pari; die Subscription fehlt in beiden Fällen; der erstere Brief ist offenbar in drei, der letztere in zwei Exemplaren versandt worden. Von ganz besonderem Interesse für die Frage, die uns beschäftigt, ist Reg. 373. Dieser Brief Coelestins I. vom 11. August 430 ist uns im lateinischen Text und in einer griechischen Uebersetzung überliefert. Der lateinische Text hat die Adresse: Coelestinus episcopus Joanni, Juvenali, Rufo et Flaviano episcopis per

---

detulimus ad domni regis vestigia ....; tertium a p p a r e dedimus Luponi duci quod sit in Spoleto; Vita Hadriani S. 186: a p p a r e m ipsius donationis per eundem Etherium adscribi faciens ipse christianissimus Francorum rex.

orientem a pari; im Context ist, obgleich vier Adressaten genannt sind, immer die Einzahl der zweiten Person (tuus u. s. w.) gebraucht; die Subscriptio papae fehlt. In der griechischen Uebersetzung lautet die Adresse nur auf Johannes von Antiochia, dessen Name dem des Papstes voransteht; a pari oder eine entsprechende griechische Wendung fehlt; er schliesst mit der Subscription „Ὁ θεὸς ὑγιαίνοντά σε διαφυλάττοι, ἀδελφὲ τιμιώτατε“, die lateinisch lauten würde „Deus te incolumem custodiat, frater carissime“. Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung darüber, dass, wie der lateinische Text dem lateranensischen Register entstammt, so die griechische Uebersetzung nach einem der vier ausgefertigten Originalbriefe, dem an Johannes gerichteten, gemacht ist.[1])

Stimmt man den obigen Darlegungen insoweit zu, dass man durch sie die Existenz lateranensischer Registerbücher mindestens für das zweite Jahrzehent des fünften Jahrhunderts als bewiesen betrachtet, so wird die weitere Frage, ob der Brauch noch höher hinaufreicht und welches sein Ursprung ist, naturgemäss aufgeworfen werden müssen. Ihre wenigstens hypothetische Beantwortung scheint mir möglich, und sie führt zu Erörterungen, die auch sonst für die Geschichte der Anfänge päpstlicher Verwaltung von bedeutsamen Interesse sind.

Wenn noch vor kurzer Zeit behauptet worden ist,[2]) dass „der päpstlichen Kanzlei eine schwerere Aufgabe überwiesen war als irgend einer andern Kanzlei des Mittelalters, insofern sie nicht wie die königliche mit vorhandenem rechnen konnte“, so beruht diese Behauptung auf einer vollkommenen und schwer begreiflichen Verkennung der thatsächlichen Verhältnisse.[3]) Genau das umgekehrte ist der Fall: aufs allerengste hat sich die älteste päpstliche Kanzlei an vorhandenes angeschlossen; erst verhältnissmässig spät hat sie dasselbe den veränderten Zuständen und Bedürfnissen entsprechend umgestaltet; länger als irgend eine andere Kanzlei des Mittelalters

---

[1]) Vgl. hierzu Ewald, N. Archiv III, 548 über Briefe Gregors I. im Register und — nach dem Original — bei Beda. — [2]) Pflugk-Harttung, die Urkunden der päpstlichen Kanzlei vom X. bis XIII. Jahrhundert (Separatabdruck aus der Archivalischen Zeitschr. Bd. VI) S. 1. — [3]) Daher ihr denn auch mit Recht von Ewald in einer Recension jener Arbeit, Deutsche Literatur-Zeitung 1882, Sp. 1496, widersprochen ist.



hat sie gewisse Bräuche festgehalten, die sie bei ihrer ersten Begründung als bereits völlig entwickelt und fixirt vorfand und übernahm. Die ältesten Urkunden der Päpste wie aller anderen Bischöfe des römischen Reiches sind, wenn wir von einer gewissen christlichen Färbung des Ausdrucks absehen, die in den weitaus meisten Fällen durch den Inhalt mit Nothwendigkeit bedingt wurde, in keiner Weise und in keiner Beziehung eines neuen Characters. Die ältesten Urkunden der Päpste wie aller anderen Bischöfe des römischen Reichs sind Briefe, deren Formalien: Adresse, Einleitung, eigenhändige Subscription, Datirung, genau und vollständig den Rescripten der römischen Kaiser, den Briefen anderer hochgestellter Würdenträger des römischen Staats entsprechen. Es ist den ältesten Päpsten nicht in den Sinn gekommen in ihrer Kanzlei einen Geschäftsstil einzuführen, der irgendwie von dem im römischen Reich hergebrachten sich unterschieden hätte.

Und wie hätte das auch anders sein können! Als das Christenthum unter Konstantin I. vom Staate anerkannt in den Rechtskreis des römischen Lebens eintrat, fand es eine im höchsten Masse entwickelte Amtsverfassung und im höchsten Masse ausgebildete Verwaltungseinrichtungen vor. In Rom selbst wie in den Hauptstädten der Provinzen und ihrer Unterbezirke sassen überall Beamte des Kaisers mit festorganisirten Kanzleibehörden; eine zahlreiche Bureaukratie, scharf centralisirt und mannigfach gegliedert, hatte die Formen der civilen wie der militärischen Verwaltung zu festen Gestaltungen ausgeprägt: das Schreib- und Rechnungswesen, welches diesen ungeheuren Beamtenorganismus verband, war im Laufe der Jahrzehnte immer ausgedehnter geworden. Die Kirche hätte ihre Stellung im Staate, in den sie Einlass fand, völlig verkannt, wenn sie die vorhandenen Formen durch neue Schöpfungen zu ersetzen versucht hätte; sie würde dazu nicht im Stande gewesen sein, selbst wenn sie es gewollt hätte. Aber wir finden kaum irgendwo sichere Spuren dafür, dass sie es gewollt hat. Wie das byzantinische Hofkostüm und das steife Ceremoniell der kaiserlichen Behörden auf die christlichen Kirchenfürsten übergingen, so suchten diese selbst, je eher und je vollständiger desto lieber, ihre eigene Stellung und die ihrer geistlichen Umgebung, die Formen ihres schrift-

lichen und mündlichen Verkehrs denen der vornehmsten Bürger des römischen Reichs, der ersten und angesehensten Beamten des heiligen und göttlichen Kaiserthums anzugleichen. Ich behalte mir vor an anderem Orte im Verfolg dieser Gedanken den Zusammenhang zwischen den ältesten uns bekannten Formen der päpstlichen Administration und altrömischen Organisationen nachzuweisen. Hier werfe ich nur die Frage auf: Geht nicht wie der Geschäftsstil der päpstlichen Kanzlei, so auch die Institution der Registerführung auf einen Brauch der römischen Kaiserzeit zurück? [1])

Diese Frage aber ist ebenso verwickelt und schwierig als sie von den verschiedensten Gesichtspunkten aus betrachtet wichtig und bedeutsam erscheint; sie führt direkt auf eine Untersuchung über die Quellen, aus welchen die Sammler der verschiedenen Codices geschöpft haben, in denen die Constitutionen der römischen Kaiser vereinigt waren, auf eine Untersuchung über die Quellen des Codex Gregorianus, des Codex Hermogenianus, der Fragmenta Vaticana, des Codex Theodosianus, der post-theodosianischen Novellen, des Codex Justinianus, der justinianischen Novellen.[2]) Von den Juristen und Rechtshistorikern ist diese Frage bisher über Gebühr vernachlässigt worden: mehrere von ihnen haben sie nicht einmal aufgeworfen, andere haben wohl ganz im allgemeinen die Antwort gegeben, dass die Quelle der Sammler das kaiserliche Archiv, beziehungsweise die kaiserlichen Archive von Rom und Konstantinopel gewesen seien,[3]) was ja an sich auf der Hand

[1]) Indem ich im folgenden unternehme, den Brauch der Registerführung in der Kanzleigebahrung der römischen Kaiser und Oberbeamten nachzuweisen, lasse ich dahingestellt, ob die Päpste diese unmittelbar nachgeahmt haben, oder ob sie sich an Gebräuche privater Geschäftsführung in vornehmen römischen Häusern, welche denen der Kaiser entsprochen haben könnten, anschlossen. Für die Zwecke unserer Untersuchung kommt darauf nicht viel an. — [2]) Von der Sammlung des Papirius Justus (vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte § 98) ist zu wenig erhalten, als dass für sie die Frage sich auch nur nur aufwerfen liesse. Doch werden seine Quellen gewiss nicht anderer Beschaffenheit gewesen sein als die der übrigen Sammler. — [3]) So z. B. Mommsen in der Abhandlung über die Zeitfolge der diokletianischen Gesetze (Abhandl. der Berl. Akad. 1860) und in der Einleitung zur Ausgabe der Fragm. Vaticana passim.



liegt,[1]) aber in welcher Gestalt die Gesetze und Rescripte in jenen Archiven aufbewahrt waren, hat man bisher, so viel ich sehen kann, niemals zu ermitteln auch nur den Versuch gemacht. [2])

Es kann sich dabei, wie man leicht sieht, hauptsächlich nur um drei Möglichkeiten handeln. Dass regelmässig wirkliche Originalausfertigungen der Rescripte und Gesetze, d. h. solche Ausfertigungen, welche, wie die an die Adressaten versandten, mit des Kaisers eigenhändiger Subscription und, nach späterem Brauch, mit dem Lesungsvermerk des Quaestors versehen waren, in den Archiven deponirt worden seien, wird gewiss niemand annehmen: das den Kaisern obliegende Schreibwerk war ohnehin bedeutend genug, um nicht ohne zwingenden Grund verdoppelt zu werden; und überdies spricht die formale Beschaffenheit der in die Sammlung aufgenommenen Constitutionen aufs entschiedenste dagegen, dass den Sammlern die Originale vorgelegen haben. Wohl aber könnten in den Archiven entweder die Concepte oder Einzelabschriften der ausgegebenen Aktenstücke niedergelegt, wohl könnten endlich auch hier Registerbücher über die ausgegebenen Erlasse angelegt und aufbewahrt worden sein.

Indem ich mich für die letztere der drei Möglichkeiten entscheide, weise ich zunächst darauf hin, dass in den Sammlungen, von denen wir handeln, sich Kanzleivermerke finden, die vollkommen denjenigen entsprechen, welchen wir in der päpstlichen Kanzlei begegnen. Diese Kanzleivermerke sind doppelter Art. Ein Theil von ihnen bezieht sich auf solche Erlasse, welche gleichlautend oder nur wenig verändert an mehrere Empfänger ausgegeben wurden; diese Art von Vermerken entspricht genau dem „a pari“ oder „a paribus“ der päpstlichen Register. Sie finden sich vorzugsweise im Codex Theodosianus und in den Novellensammlungen, vereinzelte

---

[1]) Denn dass die in den Hauptstädten lebenden Sammler direkt aus den in alle Welt zerstreuten Originalen geschöpft hätten, ist ein Gedanke, der sich von selbst verbietet. — [2]) Nur Huschke, Zs. f. Rechtsgeschichte VI, 294, redet, als ob es sich um eine selbstverständliche und keines Beweises bedürftige Thatsache handelte, von den Concepten der kaiserlichen Rescripte, welche im Archiv aufbewahrt wurden.

Spuren derselben kommen aber auch in den übrigen Collectionen vor.[1])

Im Codex Theodosianus ist die häufigste Form die, dass an die Spitze des Erlasses nur der Name eines der Adressaten gestellt ist. Dann folgt am Schluss, hinter der Datirung, der Kanzleivermerk

eodem exemplo (VI, 28, 8; XII, 1, 187)
oder scripta eodem exemplo (I, 8, 1)
oder de eadem re scriptum edictum (XI, 28, 9)

mit den Namen der Adressaten, an welche die gleichlautenden Ausfertigungen ergangen waren; im letzteren Fall folgt noch der Zusatz „et de metallariis edictum ad populum per provincias Illyrici et ad rectores provinciarum". Ein einziges Mal (VIII, 4, 30) steht die Notiz: „eodem exemplo" hinter der Inscriptio, aber wie die Vergleichung mit einen anderen Paragraphen derselben Constitution (XII, 1, 187) zeigt, ist diese veränderte Stellung nur auf die Willkür der Sammler zurückzuführen. Vielleicht gehört es auch in die gleiche Kategorie, wenn zu wiederholten Malen mehrere Empfänger in der Adresse genannt sind: so z. B. VII, 4, 18, VII, 9, 3: Abundantio, Stiliconi et ceteris comitibus et magistris utriusque militiae; XI, 6, 1: ad proconsules, vicarios omnesque rectores, während in anderen Fällen der Art (z. B. XVI, 2, 23: Artemio, Eurydico, Appio, Gerasimo et ceteris episcopis; XVI, 8, 23, XVI, 9, 3 Annati didascalo et maioribus Judaeorum) bestimmt anzunehmen ist, dass es sich nicht um mehrere gleichlautende Rescripte, sondern nur um ein einziges aber an mehrere Adressaten zugleich erlassenes Schreiben handelt.[2]) Endlich ist noch gleicher

[1]) Vgl. Haenel. Vorrede zum Cod. Theodos. S. XLI, N. 246 ff. — [2]) Ebenso wenig, wie die zuletzt besprochenen, gehören die folgenden drei Fälle hierher, die Haenel a. a. O. anscheinend als gleichartig betrachtet. XII, 1, 83 und VII, 22, 9 steht hinter der Datirung: scripta Petro consulari cet. Petrus ist der einzige Adressat; in der Inscriptio ist kein Name genannt und eine Lücke anzunehmen liegt keinerlei Veranlassung vor. Offenbar ist hier lediglich der im Eingang durch ein Versehen ausgefallene Name am Schluss nachgetragen. IV, 12, 5 hat in der Datirung: data epistola ad V. C. vicarium u. s. w.; es liegt nur eine vollere Form der Datirung vor, da der Vicar auch in der Inscriptio genannt ist. In VIII, 1, 8 endlich: data epistola ppo u. s. w. ist, wie schon Haenel bemerkt hat, die Datirung corrumpirt; wahr-

Art die Constitution VIII, 7, 11, in deren Adresse der Magister militum genannt wird, während auf die Datirung der Vermerk folgt: emissa ad magistros militum et comites et duces omnes.

In den post-theodosianischen Novellen[1]) herrschen die gleichen Formen. Wir finden:

> eodem exemplo: Nov. Theod. II. 3. 7, 4. 26.
>
> scripta Palladio V. I. Pf. P. Orientis, Hermogeni V. I. comiti sacrarum largitionum (folgen noch zwei andere Adressaten) Nov. Martian. 2.

Besonders bemerkenswerth für unseren Zweck sind die ent-entsprechenden Bemerkungen in den Novellen Justinians. Ich finde die folgenden:

Nov. 6 (Zach. 12): vor der Datirung steht: *ἐγράφη τὰ ἰσότυπα* (scripta exemplaria), es folgen fünf andere Adressaten. Der liber authenticarum,[2]) der die Namen dieser Adressaten entstellt, hat noch die Bemerkung, dass ein im Wortlaut mitgetheilter Zusatz (cui etiam hoc adiectum est cet.) dem an den Praefectus praetorio Johannes gerichteten Exemplar hinzugefügt war, und dass mit derselben Hinzufügung an Dominicus, den Praefectus praet. von Illyricum, geschrieben worden sei.[3])

Nov. 8 (Zach. 16) ist adressirt an den Praefectus praetorio Johannes. Auf die Datirung folgt ein Edikt an alle Bischöfe und Patriarchen, das mit dem Kanzleivermerk schliesst:

---

scheinlich ist Pf. P. zu lesen und der Fall, da der Praefectus praetorio Adressat ist, dem vorigen gleichartig.

[1]) Ich citire nach der Ausgabe Haenels. — [2]) Ich citire denselben nach der Ausgabe von Heimbach. — [3]) Die bezügliche Bemerkung ist zu lesen „scripta cum adiectione Dominico [Pf. P. Illyrici]“. Die adiectio ist nicht ausgefallen, wie Heimbach meint, sondern es ist dieselbe, welche an den Praef. praet. Johannes eingeschoben war; sie war schon deswegen nöthig, weil der Promulgationsbefehl der an die Geistlichen gerichteten Schreiben in den an kaiserliche Beamte adressirten Exemplaren sowohl in der Formel (tua celsitudo statt tua sanctitas) wie im Inhalt (Bekanntmachung an die provinciarum iudices statt an die Metropoliten und Bischöfe) zu modificiren war. Für die Frage nach dem Alter und Ursprung des Authenticum ist hier wie in Nov. 8 und 79 das Vorkommen solcher sicher echten Zusätze, die im griechischen Text der Novellen, wie wir ihn besitzen, fehlen, von grosser Bedeutung: doch liegt es nicht in unserem Plane näher darauf einzugehen.

τοῦτο τὸ ἔδικτον πρὸς τοὺς ἐπισκόπους. Dann folgt eine neue Datirung und darauf: *ἐγράφη τὸ ἴσον τοῦ ἐδίκτου Κωνσταντινουπολίταις, ἔχον οὕτως.* Daran schliessen sich eine Reihe von notitiae und eine Eidesformel. Endlich steht im Authenticum der im griechischen Text fehlende Schlusssatz: scriptum est exemplar huius Dominico gloriorissimo per Illyricum praetoriorum praefecto, wiederum mit einer sonst nicht überlieferten adiectio.

Nov. 14 (Zach. 39) ist adressirt an die Konstantinopolitaner. Am Schluss steht vor den Daten: *ἐγράφη τὸ ἰσότυπον τῷ ἐνδοξοτάτῳ μαγίστρῳ μετὰ τῆς παραλλαγῆς ταύτης,*[1]) worauf ein veränderter Epilogus mit dem Promulgationsbefehl folgt.

Nov. 22 (Zach. 48) ist adressirt an den Praefectus praetorio Johannes. Auf den Promulgationsbefehl folgt: *ἐγράφη τὸ ἰσότυπον Πατρικίῳ τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῆς εὐδαίμονος ταύτης πόλεως* und noch siebenmal der gleiche Vermerk für andere Adressaten, fünfmal ist das Legi des Quaestors hinzugefügt. Daran schliesst sich ein veränderter Promulgationsbefehl, offenbar für diese acht *ἰσότυπα;* er untersagt die in dem ersten Promulgationsbefehl angeordnete öffentliche Bekanntmachung, mit ausdrücklicher Bezugnahme darauf, dass das, was dem Praefectus praetorio in dieser Hinsicht befohlen sei, genüge, und schreibt den übrigen Beamten nur eine Insinuation beschränkter Ausdehnung vor. An diese Formel schliesst sich der Satz: *νόμος γραφεὶς Ἰωάννῃ τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ,* also eine Art von Titel für das ganze Schriftstück;[2]) dann folgt die Datirung.

Nov. 79 (Zach. 98) ist adressirt an den Patriarchen Menas Im Text des Authenticum (80) steht vor der Datirung noch: scriptum exemplar viro clarissimo Ioanni praef. praet. cet. Scriptum exemplar Basilidi magistro sacrorum officiorum. Scriptum exemplar Longino gloriosissimo praefecto urbis.[3])

Nov. 105 (Zach. 81) ist an den Comes sacrarum largitionum Strategius gerichtet. Hinter dem Vollziehungsbefehl

---

[1]) Auth.: scriptum exemplar gloriosissimo magistro in quo adiectum est. So Heimbach. Die Vulgata-Lesart ist: mutatis ad hunc modum verbis. — [2]) Ein ähnlicher Titel kommt auch sonst vor, vgl. z. B. Nov. 39. 40. — [3]) Heimbach liest statt scriptum exemplar, wie die Vulgata richtig bietet, scripta exemplaria.

steht der Lesungsvermerk des Quaestors. Darauf folgt: ἐγράφη τὸ ἰσότυπον Ἰωάννῃ τῷ ἐνδοξοτάτῳ ὑπάρχῳ cet., dann der gleiche Vermerk in Bezug auf den praefectus urbi Longinus, demnächst die Datirung. Von besonderem Interesse ist hier der Text der lateinischen Uebersetzung. Der uns beschäftigende Vermerk lautet in Auth. XXXIV nach der Vulgata: scriptum exemplum Ioanni gloriosissimo sacrorum praetoriorum praefecto iterum, exconsuli et patricio; scriptum exemplar Longino prudentissimo et gloriosissimo praefecto huius almae urbis. Statt dessen haben mehrere Handschriften nach Heimbach scripta appāī oder appari,[1]) so dass in diesem einen Fall wenigstens der in den Papstregistern übliche Vermerk: scriptum „a pari" sogar seinem Wortlaut nach für das Authenticum nachgewiesen werden kann.[2])

Ausserordentlich selten sind Vermerke der bezeichneten Art in den übrigen Sammlungen. Im Codex Justinianus, dessen Redactoren überhaupt die Formeln viel schematischer behandelt haben, als diejenigen des Theodosianus, habe ich nur ein einziges hierher gehöriges Beispiel bemerkt, das gleich zu Anfang steht, die Constitution 1, 1, 6. Sie ist adressirt an die Bürger von Konstantinopel; am Schluss steht: idem Ephesiis, idem Caesariensibus, idem Cyzicenis u. s. w.; der Erlass ist im ganzen in 13 Exemplaren ausgegeben. Bei den dürftigen Fragmenten des Gregorianus und Hermogenianus, die uns erhalten sind, findet sich kein Vermerk der hier in Betracht kommenden Art. In den vaticanischen Fragmenten endlich ist nur ein einziger Vermerk vielleicht hierherzuziehen, der von § 37. Die Constitution war, wie sich aus Cod. Theod. X, 17, 1, Cod. Just. X, 3, 5 ergiebt, wo ein kurzer Auszug aus derselben mitgetheilt wird,[3]) im Nov. 369 an Viventius,

[1]) Andere Handschriften entstellen das unverstandene Wort in scriptum est apparitori Johanni praefecto orientis u. s. w. — [2]) Dass der Ausdruck auch sonst nicht unbekannt war, beweist Cod. Theod. VII, 20, 13: de quibus ad omnes militares iudices paria scripta direximus. — Ich übergehe bei diesen Ausführungen Nov. 133 (Zach. 100) = Auth. 131, wo in den Handschriften (vgl. die Lesarten bei Zachariae) die beiden an den Praef. Johannes und an den Patriarchen Menas gerichteten, an verschiedenen Tagen erlassenen Ausfertigungen durcheinander geworfen sind. — [3]) Mit dem Datum III Id. Nov. 369, während die Fragmenta



den Praef. P. Galliarum gerichtet. In den Fragmenten folgt auf die Datirung der Vermerk: et iterum data . . ad . . consularem provinciae Lugdunensis primae Modesto et Arintheo consulibus (372). Endlich finden sich, worauf schon Haenel aufmerksam gemacht hat, einzelne Notizen der bezeichneten Art am Schluss von kaiserlichen Rescripten, die ausserhalb der grossen Rechtssammlungen überliefert sind. So ist insbesondere bei mehreren auf dem Concil von Chalcedon verlesenen Erlassen am Schluss angemerkt, dass „τῷ αὐτῷ τύπῳ“ noch anderen Adressaten geschrieben worden sei.[1])

Schon durch die Form dieser Notizen und Vermerke nun wird vor den drei angedeuteten Möglichkeiten, denen entsprechend man sich die Aufbewahrung kaiserlicher Constitutionen im kaiserlichen Archiv vorstellen könnte, die eine beseitigt. Auf Concepten kaiserlicher Erlasse konnte nicht gestanden haben, dass gleichlautend an andere Beamte als den in der Adresse genannten geschrieben worden sei (scriptum est, ἐγράφη), sondern, da doch ganz bestimmt für solche Erlasse nur je ein Concept angefertigt wurde, konnte auf denselben nur vermerkt werden, dass gleichlautend geschrieben werden sollte. Da nun die Vermerke niemals „scribendum est“ oder „scribatur“ (oder entsprechend griechisch) lauten, so ist der Gedanke, dass die Redactoren unserer Sammlungen aus aufbewahrten Concepten geschöpft hätten, völlig ausgeschlossen.

Auch die zweite Möglichkeit, dass Einzelabschriften aufbewahrt worden seien, die mit der Form der besprochenen Vermerke allenfalls vereinbar sein würde, ist, wie man leicht zugeben wird, an sich nicht sehr glaublich. Die Ordnung dieser Einzelabschriften zu wahren, dem Verlust einzelner derselben vorzubeugen, war so schwierig, der Gedanke, dieselben zu Büchern zu vereinigen, musste dem gegenüber so nahe liegen, dass, auch wenn andere Gründe fehlten, wir bei der Wahl zwischen beiden Alternativen, uns für die zweite ent-

---

Vat. IIII Id. Nov. geben. Ob der Schreibfehler von dem Verfasser der Fragmenta oder von den Redactoren der Codices begangen ist, lässt sich nicht feststellen.

[1]) Mansi Concil. Coll. VI, 586. 591; VII, 478. 504 und öfter. Lateinisch steht dafür „eodem tenore“ oder „eodem exemplo“.

scheiden müssten. Für dieselbe sprechen nun aber in ganz entscheidender Weise eine Reihe anderer Momente, die wir zu besprechen haben.

Dahin gehört zunächst die zweite allerdings nur sehr selten[1]) vorkommende Art von Kanzleivermerken, welche darin besteht, dass eine Datirung nicht ganz ausgeführt, sondern statt dessen auf eine vorangehende Bezug genommen wird. So hat die zehnte Novelle Theodosius' II im zweiten Titel nach verschiedenen Handschriften die Datirung „datum XIII. Kal. Mai. Constantinopoli cons. suprascript."; so steht im Cod. Theodos. VI, 29, 4: „pp. eodem die eisdem consulibus"; im Cod. Gregor. III, 2, 2: „pp. Kal. Oct. cons. suprascriptis".[2]) Es ist nicht wahrscheinlich, dass diese Datirungsart auf die Sammler zurückgeht, welche etwa eine ihnen vorliegende volle Consulardatirung durch die einfachere Form ersetzt hätten; man würde sie dann bei den keineswegs seltenen Fällen, in welchen in den Codices Constitutionen eines und desselben Jahres unmittelbar auf einander folgen, weit häufiger erwarten dürfen. Näher liegt es umgekehrt zu vermuthen, dass die Sammler regelmässig die Nennung der Consuln beabsichtigten und dass sie nur vereinzelt durch Versehen die verkürzte Form der Vorlage beibehalten haben. In diesem Falle aber ist es klar, dass nicht Einzelabschriften diese Vorlage gebildet haben, da ja solche unmöglich einen Verweis auf andere „oben geschriebene" Namen enthalten haben können, sondern dass wir Bücher als die Quelle unserer Sammlungen zu betrachten haben.

Auf Register-Bücher — und zwar, um es gleich zu sagen, auf Bücher, die ein jedes die Regesten eines Consular-Jahres umfassten — weist weiter hin, was wir sonst über den Ge-

---

[1]) In den päpstlichen Registerbüchern ist dagegen ein solches „datum ut supra" recht häufig. — [2]) Das letztere Gesetz ist von Philippus. Unmittelbar voran geht ein solches von Gordian, das aber dem Jahre 242 angehört. Haenel nimmt deshalb an, dass vor III, 2, 2 eine Constitution ausgefallen sei. Wer meiner Ansicht zustimmt, bedarf dieser Annahme nicht; in der Vorlage des Codex Gregor. allerdings müsste vor III, 2, 2 ein Gesetz des Philippus gleichen Jahres gestanden haben, im Codex Gregor. selbst aber braucht keine Lücke angenommen zu werden.

schäftsgang bei römischen Behörden wissen, der doch demjenigen der kaiserlichen Kanzlei analog organisirt gewesen sein wird. Dass die Beschlüsse und Acten des Senats in gleicher Weise in Jahresbände eingetragen wurden, hat vor kurzem B. Pick [1]) in eingehender Ausführung wahrscheinlich gemacht. Dass bei den einzelnen Officien der römischen Behörden sowohl Erlasse der Kaiser wie die eigenen Acten in Registerbände eingetragen wurden, welche gelegentlich geradezu als „regesta“ bezeichnet werden, ist aus vielen Stellen der Rechtsbücher bekannt.[2]) Wir dürfen vermuthen, dass bei den Centralbehörden des Reiches in der kaiserlichen Kanzlei derselbe Brauch herrschte, der für diejenigen der Provinzen feststeht.

Und einer solchen Annahme entspricht aufs beste, was sonst über die Erhaltung der kaiserlichen Rescripte bekannt ist. Die Zeugnisse, die darüber vorliegen, sind nicht zahlreich, aber sie sind sehr ergiebig und reichen verhältnissmässig hoch hinauf.[3])

Das wichtigste fällt in die Zeit Trajans. Plinius (Ep. N. 65) berichtet dem Kaiser, dass vor ihm in einer Gerichtssitzung Edicte und Rescripte von Augustus, Vespasian, Titus und Domitian vorgelesen seien „quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur“; er consultirt den Kaiser über die Tragweite derselben für den vorliegenden Fall „quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam“. Trajan (Ep. N. 66) erklärt in seiner Antwort, „in commentariis eorum principum qui ante me fuerunt“ sei keine für alle Provinzen erlassene Constitution über den vorliegenden Fall aufgefunden worden; er erörtert, inwieweit zwei aufgefundene Briefe des Domitian auf denselben Bezug haben. Man sieht: der Statthalter setzt voraus, dass authentische Abschriften aller kaiserlichen Constitutionen im kaiserlichen Archiv beruhten; er wünscht, ihm vorgelegte zweifelhafte Stücke nach diesen Abschriften zu prüfen: genau

---

[1]) De Senatus Consultis Romanorum. Pars prior. Diss. Berolin. 1884. — [2]) Vgl. z. B. das Gesetz De Theodos. Cod. auctoritate § 6: „quae in regestis diversorum officiorum relata sunt“. — [3]) Mehrere der im folgenden angeführten Zeugnisse hat bereits Mommsen, Staatsrecht II, 869 ff. in ähnlichem, wenn auch nicht ganz in gleichem Sinn gedeutet.

so wie man später in Rom über die Echtheit älterer Papsturkunden nach den Registern urtheilte. Der Kaiser redet von „commentarii“ seiner Vorfahren, in denen er jene Rescripte habe suchen lassen: wir dürfen nach den vorangehenden Erörterungen in diesen commentarii die Registerbände des kaiserlichen Archivs erblicken.

Einige Jahrzehnte jünger ist eine kleinasiatische Inschrift C. I. L. III, 411. Hadrian hatte den Smyrnäern über eine städtische Angelegenheit eine Constitution gegeben. Von dieser erbitten die Smyrnäer eine Abschrift bei seinem Nachfolger Antoninus Pius. Der Schluss der Petition lautet: *φιλόθεε καὶ φιλάνθρωπε καῖσαρ, κελεῦσαι δοθῆναί μοι τὰ ἀντίγραφα τῶν ὑπομνημάτων ὡς καὶ ὁ θεὸς πατὴρ συνεχώρησεν.* Der Kaiser gewährt die Bitte: sententiam divi patris mei, si quid pro sententia dixit, describere tibi permitto. Es folgt ein Befehl an das Bureau „edite ex forma sententiam vel constitutionem“. Auch hier ist die Abschrift aus den *ὑπομνήματα*, d. h. commentarii Hadrians ertheilt.

Sind in diesen beiden Fällen die Registerbücher des kaiserlichen Archivs als commentarii bezeichnet, so werden wir auf sie noch eine Anzahl anderer Stellen, an denen das letztere Wort begegnet, beziehen dürfen. Wenn der Gromatiker Siculus Flaccus [1]) von „commentarii“ spricht, welche der princeps mit den Akten über Ackervertheilung in seinem sanctuarium habe, so glaube ich, dass eben diese Regestenbücher damit gemeint sind. Schwerlich etwas anderes ist zu verstehen unter den *βιβλία τοῦ Καίσαρος, ἐν οἷς ὑπομνήματα τῶν κεκριμένων καὶ δεδογμένων ἦν ἀναγεγραμμένα*,[2]) deren Fälschung M. Antonius von vielen Schriftstellern bezichtigt wird; Velleius II, 60 bezeichnet diese Bücher geradezu als die actorum [3]) commentarii, die Antonius durch Einschiebung falscher Verordnungen entstellte. Und so werden auch die „commentarii et acta Tiberii Caesaris“, welche nach Sueton (Dom. 20) die einzige Lectüre Domitians bildeten, nichts anderes als die Bände sein, welche die Abschriften der Verordnungen

---

[1]) P. 154, 19. — [2]) So Plut. Anton. 15; vgl. Dio Cass. 44, 53; Appian B. C. 3, 5 (*τὰ ὑπομνήματα τῶν βεβουλευμένων*); Cic. Philipp. V, 4, 11: haec se ex commentariis C. Caesaris, quorum ipse auctor erat, agere dicebat. — [3]) Acta im Sinne von Mommsen, Staatsrecht II, 869.

seines Vorgängers enthielten. Auch die „commentarii", in welche Trajan[1]) die auf Bitten des Plinius von ihm ertheilten Bewilligungen des Bürgerrechts und des ius trium liberorum einzutragen befahl, sind schwerlich anderes als solche Regestenbände. In den „Tagebüchern" des Kaisers, wie man das Wort früher vielfach verstanden hat, sind so unbedeutende Regierungshandlungen kaum verzeichnet worden. Endlich weist eine Stelle des Paulus[2]) auf den gleichen Sprachgebrauch hin: es ist hier die Rede von der Production von Abschriften aus den Acten des Fiscus; und es wird bestimmt, dass solche Abschriften nur giltig sind, wenn sie von der Hand eines „commentariensis" beglaubigt sind. Wie die Acten des Fiscus in den commentarii d. h. Registerbüchern des Kaisers und anderer Oberbeamten enthalten waren, so hiessen offenbar die Beamten, welche diese Registerbücher führten und demgemäss Abschriften aus ihnen ertheilten „commentarienses".[3])

Die commentarii mögen nicht bloss nach chronologischen, sondern — auch hier trifft die Analogie der Papstregister zu — unter Umständen auch nach sachlichen Gesichtspunkten geordnet gewesen sein. So werden eigene commentarii über die Verleihungen des kaiserlichen beneficia[4]) anzunehmen sein: auf sie zu schliessen gestattet das inschriftliche Vorkommen eines Freigelassenen Trajans „qui fuit custos a commentariis beneficiorum".[5]) Eigene commentarii enthielten endlich wahrscheinlich die kaiserlichen Erlasse in Criminalprocessen; mit ihnen mögen andere Akten aus solchen Processen verbunden

[1]) Plinii et Traj. Ep. N. 95. 105. — [2]) Dig. 49, 14, 45: ipse autem fiscus actorum suorum exempla hac conditione edit, ut ne is, cui describendi fit potestas, adversus se vel rempublicam utatur . . . . quotiens apud fiscum agitur, actorùm potestas postulanda est, ut merito iis uti liceat, eaque manu commentariensis adnotanda sunt; quod si ea aliter proferantur, is qui ita protulerit, causa cadit. — [3]) Sie kommen inschriftlich insbesondere bei dem Praefectus praetorio und dem Praefectus urbi mehrfach vor, vgl. z. B. C. I. L. VI, 8402. X, 7585. 8328. 9368; vgl. auch VI, 8623 ff. und die Liste Ephem. Epigraph. IV, 424. Dass auch die Stadtbücher so genannt wurden, beweist das commentarium cottidianum municipii Caeritum der Inschrift, welche Mommsen, Hermes II, 118 mitgetheilt und erläutert hat. Derselbe Ausdruck ὑπομνήματα für die Registerbücher der Consuln in der kürzlich gefundenen Inschrift von Oropos, vgl. Hermes XX, 280. — [4]) Vgl. über die technische Bedeutung des Wortes Mommsen, Staatsrecht II, 1070 ff. — [5]) C. I. L. VI, 8627.

gewesen sein, wie auch in die päpstlichen Register gelegentlich ausser den Briefen der Päpste selbst andere auf sie bezügliche Stücke, Eingaben u. dgl. aufgenommen wurden. Von diesen Criminalcommentarii ist mehrfach die Rede. Auf sie bezieht sich der Antrag des Junius Mauricus (Tac. Hist. IV, 40), der den Kaiser ersuchte „ut commentariorum principalium potestatem senatui faceret, per quos nosceret quem quisque accusandum poposcisset; sie sind unter den „commentarii ad matris fratrumque suorum causas pertinentes“ zu verstehen, die Caligula verbrennen liess (Suet. Cal. 15) „ne cui postmodum delatori aut testi maneret ullus metus“; von ihnen redet Nero (Tac. Ann. XIII, 43) „compertum sibi referens ex commentariis patris sui nullam cuiusquam accusationem ab eo coactam“.

Weiter gab es wenigstens in späterer Zeit einen eigenen Registerband für die eigentlichen Gesetze; wie einige Stellen der Justinianischen Novellen beweisen.[1])

Ueber die äussere Form der Commentarii ist nichts näheres überliefert. Dass es wirkliche Bücher waren,[2]) erweist schon das oben angeführte Zeugnis Plutarchs über die Register Caesars. Dass die in den einzelnen Bänden enthaltenen Acten im allgemeinen chronologisch geordnet waren, liegt in der Natur der Sache; wobei indess von der strengen Zeitfolge immerhin kleine Abweichungen möglich waren,[3]) die denn z. B. im Cod. Theodos. ihre Spuren hinterlassen haben. Dass jeder Band ein Consularjahr umfasste, darf man aus der Analogie der Senatsactenbücher schliessen, und dieser Umstand erklärt eine andere längst beobachtete auffallende Erscheinung. Insbesondere in Bezug auf die Erlasse des Diocletian hat Mommsen darauf hingewiesen, wie in den Rechtsbüchern die einzelnen Jahre sehr ungleichmässig vertreten sind. Während wir z. B. aus den Jahren 293 und 294 mehrere Hunderte von Verordnungen besitzen,[4]) fehlen die Jahre 288. 296—298. 302 ganz; aus 289 sind nur zwei,

[1]) Nov. 25, 6 (Zach. 24): *τὸ τῶν θείων ἡμῶν διατάξεων βιβλίον* 26, 5 (Zach. 25): *τὸν δὲ δὴ παρόντα νόμον ἕξει . . τὸ τῶν νόμων βιβλίον.* — [2]) Wie die Commentarii der Consuln, vgl. Hermes XX, 280. — [3]) Grade wie solche kleine Abweichungen auch in den Papstregistern vorkommen. — [4]) Abhandlungen der Berl. Akad. 1860 S. 425 ff.

aus 292 und 295 nur je vier Verordnungen erhalten. Es ist klar, dass diese Erscheinung durch die Annahme von je ein Jahr umfassenden Registerbänden sich am leichtesten erklärt: die Redactoren unserer Sammlungen haben offenbar die commentarii für gewisse Jahre vorzugsweise ausgebeutet, andere nur ganz gelegentlich benutzt, während wieder andere von ihnen ganz unbeachtet geblieben sind, vielleicht zur Zeit ihrer Arbeit schon verloren waren.

Ob die Eintragung in die commentarii nach den Concepten oder nach den Originalen erfolgt ist, eine Frage, die in Bezug auf die päpstlichen Register die neuere Forschung lebhaft beschäftigt hat, lässt sich nicht entscheiden. Regelmässig sind die Eingangs- und Schlussformeln oder wenigstens die letzteren [1]) stark verkürzt; wie uns dieselben vorliegen, sind sie überdies durch die Redactoren der Sammlungen zugestutzt und in gleichmässige Form gebracht worden. [2]) Wie in den Registern Gregors des Grossen häufig der Name des Boten, der einen Papstbrief überbrachte, verzeichnet wurde, so ist in die römischen commentarii bei Erlassen an Behörden und bei Gesetzen oft der Tag des Empfanges und der Publication eingetragen worden. Diese letzteren Notizen sind natürlich nachträglich hinzugefügt worden, sei es aus den Antwortschreiben der Empfänger, sei es auf den Bericht der mit der Beförderung betrauten Boten.

---

[1]) Nur in sehr seltenen Fällen sind die eigenhändigen (manu divina) hinzugefügten Subscriptionen der Kaiser in unseren Rechtssammlungen erhalten; am häufigsten in den post-theodosianischen Novellen z. B. Val. 1. 16; vielleicht stammen solche vereinzelte Stücke nicht aus den Commentarii, sondern lagen den Sammlern in originaler Gestalt vor. Von ganz besonderem Interesse ist in dieser Beziehung Nov. Just. 42 (Zach. 56). Dieselbe ist ausser im griechischen Text und in der Uebersetzung des Authenticum (43) noch in einer alten lateinischen Uebersetzung in den Acten des 5. Concils von Constantinopel (Mansi VII, 1149 ff.) überliefert. Die beiden ersten bieten den Titel des Kaisers in der üblichen Verkürzung und entbehren der kaiserlichen Unterschrift; die letztere giebt den vollen Titel einschliesslich der Invocation und die divina subscriptio: divinitas te servet per multos annos, sancte ac religiose pater. Die beiden ersteren stammen also aus den Registerbüchern, die letztere geht auf das Original zurück, und der Fall ist völlig analog der oben besprochenen Urkunde Coelestins I. —
[2]) Mommsen a. a. O. S. 417 ff.

Die im weströmischen Reichsarchiv befindlichen commentarii sind jedenfalls in den Stürmen der Völkerwanderung völlig zu Grunde gegangen. Wie lange sich die oströmischen Bücher erhalten haben, ist nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Aber schwerlich hat von ihnen irgend etwas die Zeit des Justinian überdauert, unter welchem das kaiserliche Archiv zu Konstantinopel durch einen Brand fast vollständig vernichtet wurde.[1])

Der Brauch der Registerführung dagegen ist nicht untergegangen. Wie weit und wie lange er sich im byzantinischen Reich erhalten hat, soll hier nicht untersucht werden. Zweifellos aber ging er mit anderen römischen Einrichtungen auf die Ostgothen über: aus den Registern des Hofes zu Ravenna müssen die Variae Cassiodors entnommen sein.[2]) Schon vorher haben ihn die Päpste aufgenommen und sie haben bis auf die neueste Zeit an ihm festgehalten.

IX.

Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe.[3])

Von

Herrn Professor Dr. **Theodor Mommsen**

in Berlin.

Es hat im römischen Gemeinwesen eine Epoche gegeben, wo das Vertragsrecht wesentlich in zwei Gegensätzen aufging: dem *stipulari spondere* des Privatrechts und dem *dare locare* und *emere conducere* des Gemeindevermögensrechts. Gleich alt und correlat sind beide.

---

[1]) Reg. Gregor. IX, 228. 229 (Jaffé² 1757): quia chartophylacium Iustiniani tempore flamma incensum est, ut omnino ex eius temporibus paene nulla charta remaneret. — [2]) Praefatio: ideo quod in quaesturae, magisterii et praefecturae dignitatibus a me dictatum in *diversis publicis actibus* potui reperire, bissena librorum ordinatione composui.

[3]) Dieser Versuch die Verbindungspuncte des vermögensrechtlichen *ius publicum* und des *ius privatum* zu fixiren, nimmt den in meinem

Jenes ist das Vertragsverhältniss zwischen zwei Bürgern, dieses das Vertragsverhältniss zwischen dem Bürger und der Gemeinde. Jenes ist durch feste Formalien gebunden; dieses bestimmt sich lediglich durch den beiderseitig kundgegebenen Willen oder, nach der Terminologie des späteren Rechts, jenes wird durch das *strictum ius* regiert, dieses durch die *bona fides*. Die Rechtshülfe bei jenem ist unbedingt statthaft und wirksam und führt in letzter Instanz die Vernichtung der bürgerlichen Persönlichkeit des Verpflichteten herbei; bei diesem giebt es eine gleichartige Rechtshülfe überall nicht, der Staat aber als der eine Contrahent nimmt von dem Verpflichteten und giebt dem Berechtigten was nach dem gewissenhaften Ermessen seiner beikommenden Beamten zu fordern oder zu leisten ist. Die rechtliche Bindung ist in beiden Fällen gleichmässig vorhanden, aber die dafür zu Gebote stehenden Zwangsmittel sind verschieden[1]). Mit anderen Worten und in unserer Ausdrucksweise: in jenem Kreis herrscht der Civilprozess, in diesem die Administrativjustiz.

Klar wie der Spiegel der Meeresfläche liegen diese beiden grossen Gegensätze vor uns in dem schönen Morgenroth Roms. Aber bei dem ersteren zu verweilen ist für Juristen überflüssig; die Beleuchtung des publicistischen Complements zu dem privaten Contractrecht vielleicht nicht.

Wenn das Privatrecht ausgeht von dem Gegensatz dessen, der verspricht und dessen, dem versprochen wird, oder, was dasselbe ist, von dem des Schuldners und des Gläubigers,

---

Staatsrecht 1, 165. 2, 441 gemachten in erweiterter und, wie ich glaube, verbesserter Form wieder auf. Degenkolbs Untersuchung Platzrecht und Miethe S. 127 fg. geht in ähnlicher Richtung.

[1]) So wird richtig zu stellen sein, wogegen zum Beispiel Göppert (in dieser Zeitschrift 4, 253) sich sehr nachdrücklich erklärt hat, dass 'der römische Staat nicht durch seine eigenen Gesetze gebunden sein könne'. Ich habe nie behauptet, dass zwischen Gemeinde und Bürger es keinen Rechtsschutz gegeben habe, sondern nur, dass die Gemeinde hier zugleich Contrahent und Richter gewesen sei, und kann auf die Behauptung, dass dies 'im Geist des römischen Staats unmöglich sei', nur mit der entgegengesetzten erwiedern, dass das Verständniss des römischen Gemeinwesens nur unter dieser Voraussetzung möglich ist. Vgl. Heirovsky über die rechtliche Grundlage der leges contractus (Leipzig 1881) S. 70.

so ist dieser auf das publicistische Verhältniss schon desshalb unanwendbar, weil dasselbe ebenso nothwendig zweiseitig ist wie jenes einseitig, das heisst hier immer beide Parteien sowohl Gläubiger wie Schuldner sind. Hier geht das Recht aus von dem Gegensatz des Weggebens und Anbietens einer- und des Annehmens andererseits.

Weiter bestimmt wird dieser Gegensatz durch die Bedürfnisse des Gemeinwesens, wie sie nach den Formen der römischen Verwaltung geordnet sind. Danach zerfallen die publicistischen Obligationen[1]) in die drei Kategorien der Verkaufsacte über öffentliches Eigenthum, der Dienstverträge gegen Entgelt und der durch die Verwaltung des Gemeindevermögens herbeigeführten Rechtsverträge. Eine Scheidung nach den Magistraturen hat ursprünglich nicht stattfinden können, da es anfänglich keine andern Magistrate gab als die beiden Jahrkönige der Gemeinde; in ältester Zeit haben diese ebensowohl die gefangenen Sclaven verkauft wie die Lictoren angenommen und die Bauten der Gemeinde in Verding gegeben. Aber in der entwickelten Staatsordnung findet dieser Gegensatz allerdings in der Verschiedenheit der Magistratur nicht bloss seinen Ausdruck, sondern auch seine Steigerung und Schärfung, und die deutlichen Spuren davon bewahrt die Terminologie. Den Verkauf der dazu bestimmten Gemeindegrundstücke, der Kriegsbeute, der Concursmasse besorgen regelmässig die Quästoren[2]). Die Verwaltung des Gemeindevermögens im Activ wie im Passiv liegt den Censoren und in deren Ermangelung den Consuln und

[1]) Die Leistung des Gemeinwesens an den Soldaten (die übrigens in älterer Zeit auf dem District ruht) oder an den Spiele gebenden Beamten gehört desswegen nicht in den Kreis, weil dabei das Wesen des Contracts, die Freiwilligkeit fehlt. Der Lictor wie der Redemptor treten nach freier Wahl in dieses Verhältniss; der Soldat aber ist verpflichtet zu dienen ebenso wie der Aedil Spiele zu geben. Das Privatrecht kennt analoge Forderungsrechte nicht und es scheinen dieselben auf dessen Entwickelung nicht eingewirkt zu haben. Vgl. S. 267 A. 1. — [2]) Staatsrecht 2, 438. Dies ist das ordentliche Verfahren; wenn bei ausserordentlichen Verkäufen öfter die Censoren eintreten (das. und S. 429), so liegt vielleicht überall ein Senatsbeschluss zu Grunde. Das Kaufen als solches kommt in der Gemeindeverwaltung nicht vor; es kleidet sich regelmässig in die Form des Lieferungsvertrags (St. R. 1, 230. 2, 440 A. 3); zum Beispiel wird die Erwerbung der *servi publici* durch Redemption vollzogen.

den Prätoren ob. Dienstverträge gegen Entgelt schliesst jeder Magistrat für seinen Amtskreis ab, insofern er freier Officialen bedarf [1]). Es sollen der Kürze wegen die drei hier in Betracht kommenden Vertragskreise des Gemeindevermögensrechts bezeichnet werden als der quästorische, der censorische und der allgemein magistratische oder der Apparitorenvertrag.

Das Verständniss dieser Rechtsverhältnisse hängt wesentlich davon ab, dass man sich die Bedeutung der technischen Ausdrücke vergegenwärtigt, die glücklicher Weise hier sämmtlich, wie meistentheils in dem Gebäude des römischen Rechts, vollkommen durchsichtig sind.

Venum dare, contrahirt *vendere* bezeichnet die Uebertragung des Eigenthums gegen Entgelt. Dies Wort hat also einen materiellen Inhalt und findet daher auch auf alle publicistischen Contracte Anwendung, welche den Eigenthumswechsel herbeiführen, sowohl auf den quästorischen Verkauf des Kriegsgefangenen wie auf den censorischen zunächst der Feldfrüchte und weiter der Nutzungen überhaupt [2]). — Ein ursprüngliches juristisch correlates Wort fehlt; das später für den Eigenthumserwerb verwendete *emere* hat anfänglich diese Bedeutung nicht.

Locare ist wörtlich placiren, unterbringen [3]); wie der Kapitalist *pecunias locat,* wenn er sie verborgt, der Vater *filiam locat,* wenn er sie an den Mann bringt, so bringt der Staat die ihm zustehende Nutzung oder auch eine ihm obliegende Leistung unter, indem er von dem Uebernehmer ent-

---

[1]) Röm. Staatsrecht I², 322. — [2]) St. R. 2, 432. Die klare Etymologie fordert als Grundbedeutung zwingend die Eigenthumsübertragung *(dare)*; im Sprachgebrauch aber wird das censorische *venum dare* bezogen nicht bloss auf die dem Staat zuständige Fruchtquote, insofern deren Einziehung dem Publicanen übertragen wird, sondern auf jede Bodennutzung, auch die in Geld zu entrichtenden *solaria* und *portoria*. — [3]) Degenkolb (Platzrecht und Miethe S. 136) hat dies gut ausgeführt. Aber er selbst bemerkt, dass dabei von der Landpacht nicht ausgegangen werden darf; *locus* ist, wie zum Beispiel *locus sepulturae* zeigt, technisch der Theil eines wirthschaftlich einheitlichen Ackergrundstücks, kann also niemals Object einer censorischen Verpachtung sein. Auch mein Vorschlag (Staatsrecht 2 S. 441) *locus* zunächst als Bauplatz zu fassen, ist zu eng, um die weit greifende Bedeutung des Wortes genügend zu erklären.

weder eine Summe empfängt oder ihm eine Summe zahlt. Umgekehrt bringt bei der *locatio operarum* der Apparitor seine Arbeitskraft bei der Gemeinde unter gegen Entgelt. Dass bei diesen materiell wesentlich gleichartigen Contracten in der censorischen *locatio rei* und *operis* die Gemeinde locirt [1]), dagegen in der allgemein magistratischen *locatio operarum* der mit der Gemeinde contrahirende Private, zeigt einmal die scharfe Trennung beider Kreise in dem Administrativrecht, welches zunächst natürlich auf die einzelne Magistratur gestellt war, erklärt sich aber weiter vollständig daraus, dass im ersten Fall die Gemeinde, in dem zweiten der Private die Initiative hat. Der Censor bietet bekanntlich die Nutzniessung des Staatsguts wie die Uebernahme der Staatslasten den Unternehmungslustigen an und diese treten, indem sie bieten, in die gestellten Bedingungen ein. Wie die Apparitorenverträge zu Stande kamen, ist genauer nicht bekannt; aber die ursprünglich gleich der magistratischen auf Zeit erfolgende [2]) Bestellung der Apparition kann nur in der Weise stattgefunden haben, dass die zur Uebernahme derselben geneigten Personen, insbesondere die bisherigen Inhaber sich anboten und die Magistrate dann aus ihnen die benöthigte Zahl auslasen, also hier die Initiative bei den Uebernehmern stand. — *Vendere* und *locare* schliessen sich nicht aus; vielmehr ist der censorische Vertrag, insofern er nicht öffentliche Lasten, sondern öffentliche Nutzungen betrifft, immer zugleich sowohl *venditio*, insofern er das Eigenthum an den Früchten oder den sonstigen Grunderträgnissen giebt, wie auch *locatio*, insofern die Behörde das Grundeigenthum des Staates in nützlicher Weise unterbringt. Das letztere würde an sich auch Anwendung auf den quästorischen Verkauf leiden; allein wieder in Folge der personalen Verschiedenheit der beiden Contractformen ist das Wort *locare* bei den quästorischen Rechtsgeschäften entweder von jeher ausser An-

[1]) Dass bei der *locatio rei* und *operis* die Initiative durchaus dem locator zukommt, hat Degenkolb a. a. O. S. 132 mit Berufung auf Cujacius richtig entwickelt. — [2]) Staatsrecht I, 324. Dass später die Apparitorenstellen lebenslänglich und sogar übertragbar wurden, führte wohl die Möglichkeit eines Stellenverkaufs von Seiten des abtretenden Apparitor an seinen Ersatzmann herbei, hob aber das zwischen dem Apparitor und der Gemeinde bestehende Verdingungsverhältniss nicht auf.



wendung geblieben oder früh ausser Anwendung gekommen und werden letztere ausschliesslich als Eigenthumsübertragung bezeichnet.

Emere heisst bekanntlich seiner Grundbedeutung nach, die in *d-emere, ad-imere, sub-imere = sumere, red-imere* zu Tage tritt, nehmen [1]); es ist also völlig das Gegenstück zum Placiren. Das Compositum *redimere* bezeichnet etymologisch das Wiedernehmen [2]). Nach dem Sprachgebrauch ist zunächst, wie schon bemerkt ward, in dem quästorischen Vertrag, bei welchem nicht *locare,* sondern nur *vendere* gesetzt wird, *emere* dessen technisches und ausschliessliches Correlat. In dem censorischen Vertrag dagegen ist das Correlat zu *locare* theils *emere,* wenn es sich um Uebernahme einer Nutzung, theils *redimere,* wenn es sich um Uebernahme einer Belastung handelt [3]). Sprachlich hat diese Differenzirung keinen Rückhalt. Die wichtigsten und ständigsten der censorischen Verträge pflegen allerdings, bei der factischen Perpetuität der betheiligten Gesellschaften, in einem Wiedernehmen derselben Unternehmer zu bestehen; aber theils wird *redimere* ebenso gut von denjenigen Verdingungen gesagt, die, wie zum Beispiel Neubauten, nur einmaligen Contractschluss zulassen, theils ist das Wiedernehmen bei Verträgen auf Nutzung nicht weniger häufig wie bei solchen auf Belastung. Es scheint der Sprachgebrauch bei *redimere* den Begriff der Wiederholung früh nicht mehr

---

[1]) Das fühlten auch die Römer noch: *antiquitus emere pro accipere ponebatur* (Festus p. 270; ebenso p. 4. 76); doch stand es schon in den zwölf Tafeln in dem späteren Sinn (7, 12 Schöll). Wenn *em-ere* mit Recht zusammengestellt wird mit *ἀμά-ω* mähen (Curtius Grundzüge der griech. Etymologie[5] S. 323), so ist zunächst an die *fructus* des Gemeindelandes gedacht; was sich sachlich wohl empfiehlt. — [2]) Degenkolb a. a. O. S. 142 fasst das Wort als 'übernehmen'; aber wenn es sich um die Grundbedeutung handelt, muss das Wort genommen werden wie *reficere, reddere, redire.* — [3]) *Redemptores,* sagt Festus p. 270, *proprie atque antiqua consuetudine dicebantur, qui, cum quid publice faciendum vel praebendum conduxerant effecerantque, tum demum pecunias accipiebant. .... at hi nunc dicuntur redemptores qui quid conduxerunt praebendum utendumque.* Also der ältere Sprachgebrauch beschränkt das Wort auf Leistungsverträge, der spätere wandte es auch auf den Nutzungsvertrag an. Aber überwogen hat zu aller Zeit die erstere Verwendung; noch die philoxenischen Glossen erklären *redemptor* durch *ἐργολάβος.*

empfunden und die beiden also synonym gewordenen Bezeichnungen usuell in der Weise differenzirt zu haben, dass für den praktisch wichtigen Gegensatz der *vectigalia* und der *ultro tributa* in den *emptores* und *redemptores* ein einfacher Ausdruck gewonnen ward. Lediglich durch spätere nachlässige Rede und nur ausnahmsweise (S. 265 A. 3) ist dann *redemptor* auf die censorische Location überhaupt bezogen, also auch der Uebernehmer des Nutzungsvertrags also genannt worden. Andererseits schwindet *emere* in der Beziehung auf den Nutzungsvertrag und wird mitunter durch *redimere,* gewöhnlicher durch das gleich zu erwähnende *conducere* ersetzt. Auf die Verträge der Apparitoren sind *emere* nnd *redimere* nie bezogen worden und haben nie darauf bezogen werden können, weil diese die Arbeit nicht nehmen, sondern anbieten.

Conducere in der ursprünglichen concreten Bedeutung des Zusammenbringens[1]), wie zum Beispiel Caesar sagt: *eo copias omnes auxiliaque conduxit,* passt vortrefflich auf die Annahme der Apparitoren, wie sie vorher vorausgesetzt worden ist, zumal da diese immer eine Mehrheit *(decuria)* bilden. Das Wort ist ohne Zweifel ursprünglich das Correlat zu dem *locare operas* des Apparitorenvertrags, so dass also hier die Gemeinde der Conducent ist. Wenn es in der späteren Rechtssprache auf den censorischen Vertrag in seinem ganzen Umfange erstreckt ist, so wurde dabei die sinnliche Grundbedeutung des *conducere* nicht mehr empfunden und *conductio* allgemein gefasst als gegensätzlich zur *locatio,* wovon dann die Folge war, dass, während bei dem Apparitorenvertrag die Gemeinde der Conducent ist, im Kreise der censorischen Verträge der Private also heisst.

In diesem Rahmen entwickelte sich das Gemeindevermögensrecht. Die Scheidung der Verträge gestaltete sich nach den Magistraturen; insofern das Recht für die Gemeinde zu verkaufen, das Recht Nutzungen und Lasten für sie zu verdingen, das Recht freie Arbeiter anzunehmen innerhalb der Competenz verschiedener Beamten lag, mochten auch

[1]) Degenkolb a. a. O. S. 137 fasst *conducere* als 'davontragen'. Aber das heisst das Wort nicht.



materielle Verschiedenheiten in der Behandlung der einzelnen Gebiete sich entwickeln.

Als dann diese publicistischen Verträge in das Privatrecht übertragen wurden, oder, wie wir jetzt zu sagen pflegen, als die Consensualverträge Klagbarkeit erhielten [1]), fielen diese durch die Verschiedenheit der Behörden gegebenen Kategorien fort und schieden sich die Verträge nothwendig nach ihrem materiellen Inhalt. Indess lehnen die im Privatrecht eintretenden Gegensätze mehrfach an die älteren publicistischen sich an. Die drei bezeichneten Kategorien erkennt man sofort wieder in den drei privatrechtlichen der *emptio venditio,* der *locatio conductio rei* und *operis* und der *locatio conductio operarum.* Auch die Herkunftsspuren sind nicht völlig verwischt: zum Beispiel der begrifflich nicht gerechtfertigte Satz, dass alle diese Geschäfte nur bei fester Geldsumme klagbar sind, also zum Beispiel dem Tauschvertrag die Klagbarkeit mangelt, rührt deutlich aus den publicistischen Usancen her [2]).

Der Kaufvertrag hat an der alten quästorischen *venditio* sein festes Muster; aber der Satz, dass die Gemeinde nur verkaufend, nicht kaufend auftritt und der Kauf für die Gemeinde nicht durch einen quästorischen Act, sondern durch einen censorischen in der Form der Verdingung sich vollzieht [3]), fiel nothwendig durch die jetzt eintretende Gleichstellung der Parteien, da ja jede *venditio* eben auch eine *emptio* ist. Demzufolge wird der Vertrag zum Beispiel auf Lieferung eines Sclaven nach dem Gemeinderecht als *locatio conductio,* im Privatrecht als *emptio venditio* betrachtet worden sein. Dagegen hat man die Bodenpacht, welche das Gemeinderecht zwar auch als *locatio,* aber zugleich als Kauf der Bodenfrüchte

---

[1]) Allerdings gilt dies nur von Kauf und Miethe; Mandat und Societät haben keine Wurzeln im Gemeindevermögensrecht. Dagegen ist auch das *mutuum* aus dem öffentlichen Recht in das Privatrecht gekommen. Den Anfang desselben macht die Grundsteuer, welche bekanntlich bei den Römern als rückzahlbare Anleihe behandelt wird. Hier fehlt freilich die Freiwilligkeit; aber auch freiwillige Darlehen von Privaten an das Gemeinwesen sind in republikanischer Zeit vorgekommen (Staatsrecht 1, 229). — [2]) Staatsrecht 2, 441 A. 1. vgl. S. 429 A. 3. Auch die Remission bei der *locatio conductio* stammt aus dem Schema der Publicanencontracte (Heirovsky a. a. O. S. 107). — [3]) Vgl. S. 262 A. 2.

ansah, begrifflich und terminologisch wohl auch darum von dem Kaufvertrag ausgeschieden, weil in dieser Weise die privatrechtliche *locatio conductio* die censorischen Rechtsgeschäfte überhaupt in sich aufnahm. Freilich wird die Analogie der Hausmiethe, die weder von der Bodenpacht getrennt noch als Fruchtkauf behandelt werden konnte, dabei auch wesentlich und vielleicht überwiegend eingewirkt haben.

Die *locatio conductio rei* und *operis* entspricht in allem Wesentlichen dem alten censorischen Vertrag, selbst in dem recht unbequemen und im Gebiet des Privatrechts nicht motivirten Sprachgebrauch, dass die geldleistende Partei bei Uebernahme von Nutzungen *(locatio rei) conductor,* bei Uebernahme von Lasten *(locatio operis) locator* heisst. Terminologisch wird von den beiden Bezeichnungen des Uebernehmens *redimere* und *conducere,* die wesentlich gleichbedeutend sind, *redimere* dem Vertrag mit der Gemeinde (einschliesslich des Municipiums und des später dem Aerarium gleichgestellten Fiscus) vorbehalten, *conducere* für den Gemeindevertrag neben *redimere,* für den Privatvertrag ausschliesslich gebraucht [1]).

Die *locatio conductio operarum,* die Verdingung der eigenen Arbeitskraft von Seiten des freien Mannes [2]), ist nichts als die Verallgemeinerung des alten Apparitorenvertrags. Mit der begrifflich so nahe verwandten *locatio rei* ist sie wohl nur darum nicht völlig verschmolzen, weil die *locatio operarum* aus dem Apparitorenvertrag, die *locatio rei* aus dem censorischen erwachsen war.

Selbstverständlich streiften diese Klagen, als sie aus dem publicistischen Kreise in den privatrechtlichen übergingen, alle diejenigen Besonderheiten ab, die aus ihrer publicistischen

---

[1]) Einen sicheren Beleg von *redemptor* für den Privatvertrag finde ich nicht; bei Cato de r. r. 137 ist das Wort jetzt gestrichen. — [2]) Dass dies der Grundbegriff ist, zeigt sowohl das Apparitorenverhältniss, von dem hier auszugehen ist und das in legalem Gegensatz zu dem der *servi publici* steht, wie auch die Behandlung der *operae locari solitae* im Privatrecht. Nicht mit Recht sagt Degenkolb (Platzrecht und Miethe S. 134), dass die *locatio operarum* ursprünglich nichts sei als *locatio rei,* Sachenmiethe zu bestimmter Ausnutzung.



Geltung resultirten. Es ist erforderlich sich dies wenigstens in den Grundzügen zu vergegenwärtigen.

Der Vertrag des Gemeindevermögensrechts ist wesentlich nicht formal, das heisst seine Gültigkeit nicht abhängig von Zufälligkeiten der Willenserklärung oder der Geltendmachung. Die Personalklage des Privatrechts ist nur statthaft, wenn der Schuldner das Wort *spondeo* in Gegenwart des Gläubigers ausgesprochen hat; der Redemptor wird ohne Zweifel gebunden durch jede verständliche Willenserklärung, und etwa hier bestehende Usancen, wie sie in der Benennung *manceps* angedeutet zu sein scheinen [1]), heben diesen Grundsatz so wenig auf wie der Satz *consensus facit nuptias* durch die Hochzeitsgebräuche alterirt wird. Die Personalklage des Privatrechts ist wirkungslos, wenn sie nicht voll begründet ist; der Gläubiger, der hundert fordert, wo er funfzig zu fordern hat, bekommt nicht funfzig, sondern wird abgewiesen. Der Unternehmer öffentlicher Bauten erhielt im gleichen Fall selbstverständlich das, was ihm zukam. Diese Verknüpfung der Rechtsgültigkeit mit dem Wesen des Consenses und der Klage statt mit einer gewillkürten Form derselben ist bei der Administrativjustiz von selber gegeben und bei dem Uebertritt dieser Normen in das Civilrecht das demselben neu erworbene und dasselbe allmählich umgestaltende Princip.

Dagegen ist der Magistrat in Betreff der Acte, durch welche er den Staat zum Gläubiger oder zum Schuldner macht, durch generelle und specielle Gesetze gebunden und demnach jeder ausserhalb dieser seiner Competenz vollzogene Act nichtig. Die Censoren zum Beispiel waren zur Location der Gemeindegeschäfte nur insofern befugt, als sie dafür der Licitation auf dem römischen Markte sich bedienten; bei dem Verkauf

---

[1]) Die Bezeichnung *manceps* (Marquardt St. V. 2^2, 300), zu welcher es ein entsprechendes Handlungswort nicht giebt, lasse ich bei Seite; juristisch lehrt sie nichts, als dass bei den Licitationen mit der Hand ein Zeichen des Bietens gegeben wird — so wenigstens *(manu sublata)* erklärt Festus ep. p. 151. Freilich sollte man die Bezeichnung des Zuschlags erwarten, und unverständlich bleibt auch, wie das Aufheben der Hand mit *manu capere* angezeigt werden kann. Was bei Festus ep. p. 228 steht: *manceps dictus quod manu capiatur* verstehe ich nicht; vielleicht ist *capiat* zu corrigiren.



von Staatsländereien stellten Specialgesetze häufig bestimmte Normen auf, deren Nichteinhaltung das Geschäft nothwendig invalidirte [1]). Zu diesen Vorschriften bietet das Privatrecht keine Analogie; denn wenn der Beamte über das Vermögen der Gemeinde nur als Vertreter derselben nach seiner Instruction verfügt, so ist der Private in seinem Kreise schlechthin verfügungsfähig und der Competenzbegriff auf seine Vermögenshandlungen unanwendbar. Insofern erscheint im Gebiete der Consensualverträge der materielle Wille erst da vollständig emancipirt, wo sie aus dem Gemeinderecht in das Privatrecht übertraten.

Aber auch nach der materiellen Seite hin kann das publicistische Rechtsgeschäft nicht mit allen seinen Consequenzen in das Privatrecht übertreten. Jenes steht in gewissen Beziehungen, namentlich in der Anwendbarkeit auf Dritte, unter anderen Gesetzen als die des Privatrechts sind. Die Forderung des Privaten an den Privaten ist bekanntlich rechtlich unübertragbar, die der Gemeinde an einen Bürger rechtlicher Uebertragung fähig, so dass zum Beispiel der dem Staat geschuldete Bodenzins in Naturalien oder auch in Geld von dem, der diese Hebungen vom Staat erwirbt, ohne weiteres eingeklagt werden kann und das *dare oportere* des Civilrechts für den Cessionar direct zu Recht besteht [2]). Ebenso ist es kaum zu bezweifeln, dass das für die Gemeinde verkaufte Bodenstück oder der von ihr versteigerte Sclave durch den Zuschlag

[1]) Staatsrecht 1, 164 fg. Die über den formalen Werth dieser Vorschriften geführten Controversen (vgl. Heirovsky a. a. O. S. 16) beruhen wohl nur auf Missverständniss: diejenigen Formalien, die den bürgerlichen Verkehr allgemein regeln, und die aus der gesetzlich normirten Competenz des für die Gemeinde contrahirenden Magistrats herfliessenden sind theoretisch und praktisch leicht zu unterscheiden. — [2]) So weit wird man den Ausführungen Heirovskys a. a. O. S. 18 fg. sich anschliessen können, ohne darum den bedenklichen Satz aufzustellen, dass die magistratischen *leges contractus* Gesetzeskraft gehabt hätten. Vielmehr wird die Verabredung im Gemeindevermögensrecht wesentlich dieselbe Rolle gespielt haben wie im Privatrecht; nur kommen für jenes Principien zur Anwendung, welche dieses ausschliesst, insbesondere der Satz, der allerdings auf der souveränen Stellung des Staats beruht, dass dieser jeden Bürger zum Schuldner jedes anderen Bürgers machen kann, wovon eine andere Anwendung das im Testament, das heisst im Gesetz gegebene Legat ist.

selbst in das Eigenthum des Erwerbers überging; aber diese von dem eminenten Recht des Staats abhängige Form des Eigenthumserwerbs konnte auf den Privatkauf nicht bezogen werden. Die publicistischen Consequenzen reichten eben nur so weit wie das publicistische Fundament; Kauf und Miethe traten mit dem Uebergang in das Privatrecht unter dessen principielle Normen und wurden behandelt wie jede andere persönliche Forderung.

Dies hat sich wahrscheinlich auch auf die Bestellung von Bürgen und Pfändern erstreckt. Bekanntlich hat das Gemeindevermögensrecht hiefür ein eigenes Institut entwickelt, das der *praevides* oder *praedes* und der *prae(vi)dia,* das *ius praediatorium,* welches aber in das Privatrecht terminologisch sicher nicht und wahrscheinlich auch nicht der Sache nach übergegangen ist. Eine Bürgschaft durch blosses Pactum, wie die des *praes* ist, kennt das Privatrecht überall nicht, sondern entwickelt dieses Rechtsverhältniss lediglich aus der privaten Sponsion; auch ist die Rechtsstellung, welche der *praes* einnahm, insbesondere die Uebertragbarkeit dieser Forderung auf einen Dritten durch den sogenannten Bürgenverkauf, so wesentlich mit dem publicistischen Fundament verwachsen, dass sie dem Privatcontract nicht füglich zugetheilt werden konnte. Etwas anders verhält es sich mit den Pfändern. Längst war es klar, dass an dem *praedium subsignatum* der Staat ein dingliches Recht durch die blosse Verzeichnung erwarb, also das Recht der Hypothek hier bereits seit ältester Zeit bestand [1]). Jetzt ist wenigstens die Frage berechtigt, ob der Hypothekarvertrag nicht eben hier seine Wurzel hat und aus dem Gemeindevermögensrecht ebenso in das Privatrecht herübergegangen ist wie die Vendition und die Location. Begrifflich dürfte gegen eine solche Construction wenig zu erinnern sein; doch möchte ich aus äusseren Gründen die Frage verneinen. *Praedes* und *praedia* gehen nothwendig zusammen; wenn jene nicht recipirt werden konnten, spricht dies nicht für die Zulassung der letzteren. Die Terminologie spricht ebenfalls dagegen; schwerlich würde man, wenn die Hypothek in dieser Weise in das Privatrecht gelangt wäre, die so an-

[1]) Meine Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 469.

gemessene latinische Bezeichnung *prae(vi)dium* bei Seite geschoben und eine im römischen Recht auffallend fremdartige dem Ausland abgeborgt haben. Endlich ist es hinreichend festgestellt, dass der Hypothekarvertrag im römischen Recht vor den *invecta inlata* des Pächters ausgegangen ist, in welcher Anwendung schon Cato ihn kennt; und wenn er nichts ist als eine Erweiterung dieses Specialfalls, so stammt er nicht aus dem Gemeindevermögensrecht. Man wird also bei der Uebertragung der Consensualverträge in das Privatrecht wie den *praes* so auch das *praedium*, als wesentlich publicistisch bedingt, haben fallen lassen; wer persönliche Garanten oder sachliche Garantie begehrte, sah sich dafür auf die privatrechtlichen Institute der Sponsion und der vorläufigen Eigenthumsübertragung *(fiducia)* angewiesen. Wohl aber mag, als späterhin, wahrscheinlich unter Einwirkung des Provinzialrechts, die allgemeine Hypothek in das Civilrecht Eingang fand, die Lehre des *ius praediatorium* von dem *praedium* auf die Entwickelung des neuen Instituts eingewirkt haben.[1])

Endlich ist es von der durchgreifendsten Bedeutung, dass innerhalb des publicistischen Kreises die materielle Rechtsbehandlung ohne Gegensatz waltet und daher als solche wenn auch zur Anwendung, doch nicht eigentlich zur Formulirung gelangt. Erst wo sie gegensätzlich wird zum *strictum ius*, mit dem Eintreten der Klagbarkeit der Consensual- und der sogenannten Realcontracte tritt terminologisch die *bona fides* in das Rechtsleben ein, und in gewissem Sinn beginnt sie auch da erst begrifflich. Dem Verkehrsleben gehörte sie, wie der Sprachgebrauch der Lustspieldichter des sechsten Jahrhunderts der Republik erweist, seit langem an[2]), etwa wie

[1]) Noch weniger möchte ich das Faustpfand in diese Verbindung bringen. Aeusserlich knüpft es ja freilich an an die magistratische Ordnungsstrafe der Pfändung und an das dem Gemeindevermögensrecht angehörende Pfändungsrecht des Publicanus (Gaius 4, 28); aber die Verschiedenheit von dem privatrechtlichen Faustpfand ist, mag man auf den Rechtsgrund wie auf den Rechtszweck sehen, eine so grosse, dass hier kaum mehr als Namensgleichheit vorliegt. Viel eher möchten *fiducia* und *pignus* des Privatrechts ursprünglich zusammengehören, jene bezogen auf *res mancipii*, dieses auf die übrigen Eigenthumsobjecte. — [2]) Pernice Labeo 2 S. 75, der auch mit Recht darauf aufmerksam

unser 'in guter Treue', 'in redlicher Weise', und sie bezeichnete in diesem ohne Zweifel von jeher das Verhalten des anständigen Geschäftsmannes, insofern dasselbe bei der contractlichen Pflichterfüllung über die unmittelbar durch Klage erzwingbare Leistung hinausgeht. Die juristische Erörterung aber, wo auch der Richter auf die gute Treue Rücksicht zu nehmen habe und weiter was darunter zu subsumiren sei, wird wahrscheinlich erst begonnen haben, als in der späteren Zeit der Republik die Consensual- und die Realcontracte klagbar wurden, und es scheinen auch keine Spuren darauf zu führen, dass diese Erwägungen weiter zurückreichen.

Ich füge diesen kurzen Andeutungen über den Einfluss, den der römische Administrativprocess auf das römische Civilrecht meiner Ansicht nach ausgeübt hat, einige Bemerkungen bei, die bestimmt sind nahe liegende Missverständnisse abzuweisen.

Es soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass das formale, das heisst nicht durch den materiellen Inhalt, sondern durch die conventionell fixirte Form der Verpflichtung bedingte Recht niemals das gesammte civile Obligationenrecht beherrscht hat. Vielmehr cessirt das formale Recht im Obligationengebiet überall, wo nicht der Wille, sondern das Gesetz oder was diesem gleichsteht die Verpflichtung erzeugt. Nicht bloss die delictische Obligation fällt demnach aus, sondern nicht minder die durch die Ehe und die Vormundschaft hervorgerufenen vermögensrechtlichen Verhältnisse selbst dann, wenn die betreffenden Obligationen des delictischen Characters vollständig entbehren. In diesen Kreisen war wohl von jeher der Geschworene angewiesen den Rechtsstreit in seiner materiellen Beschaffenheit zu erwägen, woraus unter anderem die Behandlung der *pacta dotalia*, sowohl in ihrer allgemeinen Zulassung wie auch in dem Ausschluss gewisser Kategorien herrühren wird. Auch das soll wenigstens nicht verneint werden, dass der durch *stipulari* und *spondere* abgeschlossene Vertrag mittelst ausdrücklich hinzugesetzter Clauseln schon früh vertragsmässig in dasjenige Gebiet über-

---

macht, dass die Bezeichnung in die eigentliche Gesetzessprache nie eingedrungen ist; diese setzt vielmehr dafür *sine dolo malo*.



tragen werden konnte, welches späterhin mit dem Schlagwort der *bona fides* bezeichnet ward; es ist sogar sehr wahrscheinlich, dass, bevor die *fiducia* als solche klagbar ward, sie in der Form der Stipulation klagbar gemacht werden konnte, aber in diesem Fall die Grundlage des Treuwortes und des Freundschaftsdienstes nicht ohne Wirkung blieb[1]). Nur in dem eigentlichen Geschäftsverkehr zwischen persönlich sich nicht weiter angehenden Rechtssubjecten, in dem Gebiet der Consensual- und der Realcontracte des späteren Rechts möchte ich für die publicistische Obligation die Priorität in Anspruch nehmen und insonderheit die in diesem Kreise waltende *bona fides* auf die bezeichnete Quelle zurückführen.

Wenn ferner der publicistischen Obligation die Berücksichtigung der factischen Rechtslage oder, wenn man dies vorzieht, die Billigkeit im Gegensatz zu dem strengen Recht des ordentlichen Privatprozesses vindicirt wird, so ist hiebei ausgegangen von den normalen Verhältnissen, das heisst von dem pflichtmässigen Verfahren einerseits des Magistrats, andererseits des *iudex unus*. Nach Rechtsgrundsätzen soll selbstverständlich in dem einen wie in dem anderen Verfahren entschieden werden; ein Contract liegt dort wie hier der Entscheidung zu Grunde[2]). Unrechtfertigkeiten sind natürlich in beiden Fällen möglich; man kann sogar hinzusetzen, dass sie dem Magistrat, der die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausübt, näher liegen als dem Einzelrichter, da jener eher in der Lage ist sich persönlich mit dem Interesse der Gemeinde, die er vertritt, zu identificiren als diesem zu Gunsten der einen oder der andern Partei das Recht zu beugen. Praktisch freilich wird, wer die römischen Verhältnisse kennt, nicht daran zweifeln, dass im Administrativverfahren das Recht

---

[1]) Einem solchen Vertrag kann zum Beispiel die von Cicero de off. 3, 17, 70 angeführte Formel entlehnt sein: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*. — [2]) Ich meine mich hier mit der Ausführung von Pernice in den Parerga (Ztschr. für Rechtsgesch. Romanist. Abth. 5, 117) völlig im Einklang zu befinden. Nur verstehe ich nicht, wie man die genaue Einhaltung eines schriftlichen Contracts, wie zum Beispiel in dem bekannten Prozess wegen der Reparatur des Kastortempels, als *strictum ius* bezeichnen kann; in jedem Prozess *ex fide bona* hätte gerade ebenso entschieden werden müssen.

öfter zu Gunsten der betheiligten Privaten als zu Gunsten des Staats verletzt worden sein wird; ja der richtende Magistrat kann, eben weil er zugleich statt des Gläubigers ist, eher von den Rechten der Gemeinde etwas vergeben als der Geschworene von den Rechten der obsiegenden Partei, oder praktisch ausgedrückt, der Steuerpächter kann Remission der Pacht im Verwaltungsprozess erwirken, niemals aber, auch wenn Shylock klagt, der Schuldner Schuldnachlass im ordentlichen Verfahren. Aber das Gebiet der Unrechtfertigkeiten bleibt für unsere Erwägung überhaupt billig ausserhalb des Ansatzes; hier handelt es sich nur darum, ob der gewissenhafte Richter dem materiellen Recht gegenüber dem formalen Rechnung tragen darf, was ihm die Administrativjustiz gestattet, das Verfahren nach dem sogenannten *strictum ius* verwehrt.

Nachtrag zu der Abhandlung „Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter".

Von
Herrn Geh. Justizrath Professor Dr. **Fitting**.

In obiger Abhandlung habe ich (S. 127 ff., 139 ff.) im Wege künstlicher Beweisführung darzuthun gesucht, dass das sog. Tübinger Rechtsbuch und die Schriften, aus welchen die Anhänge zu den Exceptiones des Petrus entnommen sind, der Zeit vor dem 12. Jahrhundert angehören. Diese Ausführung hat jetzt, früher und bestimmter als ich es irgend erwarten konnte, eine unmittelbare Bestätigung erhalten durch die Glossen zu den Justinianischen Institutionen, welche neuerdings Conrat im Archivio giuridico XXXIV. p. 105 segg. aus der Handschrift fol. Nr. 328 (früher X. 8) der Kölner Stadtbibliothek veröffentlicht hat. Die Handschrift, die nämliche, welche auch die von Klenze herausgegebenen fingirten Constitutionen Justinian's und die Epitome Iuliani enthält, wird von Conrat im Anschlusse an Cramer (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VIII. S. 133 fg.) und an Hänel (Iuliani Epitome p. XII) dem Ende des 11. oder dem Anfange des 12. Jahrhunderts, von Krüger (Iustiniani Institutiones p. VI) dem 12. Jahrhundert zugewiesen. Jedenfalls muss sie dann aber in die erste Zeit

dieses Jahrhunderts gesetzt werden, und man wird demnach schon aus dem Alter der Handschrift folgern dürfen, dass die Glossen selbst noch aus dem 11. Jahrhundert stammen, zumal da der Umstand, dass Text und Glossen anscheinend von der nämlichen Hand geschrieben sind, sowie die Beschaffenheit der Glossen keinen Zweifel gestatten, dass der Schreiber derselben nicht ihr Verfasser war, sondern eine ältere Vorlage abschrieb.

Nun zeigen aber diese Glossen ganz unverkennbare nahe Beziehungen zu den oben genannten Schriften sowie zum Petrus bezw. dem Tübinger Rechtsbuche selbst. Denn

1) glo. 77: „peculium est substantia personarum in potestate constitutarum“ kehrt wörtlich wieder in Petr. I, 67 = Tub. 98.

2) Glo. 23 ad § 2 Inst. quib. mod. ius pot. solv. 1, 12 v. Relegati: „ut ad tempus“ steht in Uebereinstimmung mit der Darstellung der Expositio terminorum in App. P. I. 18a sowie mit glo. Prag. 103 ad Petr. I, 53 und verwandten Stellen anderer in meinen Jurist. Schriften des früheren MA. S. 158 angeführten Schriften; und glo. 43 gibt die vielbesprochenen Definitionen: „lucrum est adquisicio aliene rei sine compensatione nostri; dampnum est amissio nostri sine compensatione alterius“ wörtlich gleichlautend mit der Expositio terminorum in App. P. I. 56, 57.

3) Glo. 132: „actio de vi bonorum raptorum unius spatio anni durat“ und glo. 133: „actio metus causa unius anni spatio durat“ entsprechen der Darstellung in App. P. II. A. (De actionum varietate et earum longitudine) § 9, und glo. 141 stimmt wörtlich mit § 3 ibid. überein.

4) Endlich weist die nach Conrat von jüngerer Hand beigefügte interessante glo. 108 ad § 1 Inst. de loc. 3, 24 (?):

> dicente geminiano: quando mandatum certis finibus concluditur, tunc nullus mandati fines excedere debet

eine offenbare Verwandtschaft mit App. P. I. 3 in f. auf:

> „Is qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati“:[1]) in mandato certos habente fines.

Hienach kann es zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass die Kölner Glossen dem nämlichen Literaturkreise angehören, wie das Tübinger Rechtsbuch und die Anhänge zum Petrus. Und dies wird dadurch bestätigt, dass sie aus dem Corpus iuris genau in der nämlichen Form citiren, welcher man in jenen Schriften, besonders aber in den Glossen zum Tübinger Rechtsbuche begegnet, namentlich mit Bezeichnung der Stellen des Corpus iuris nicht als „leges“ sondern als „capitula“. Nun wird aber Niemand glauben, dass jene Glossen etwa dem Tübinger Rechtsbuche oder den gedachten Anhängen als Quelle gedient hätten; sondern unzweifelhaft beruht die vielfache Uebereinstimmung gerade umgekehrt darauf, dass für die Glossen (unmittelbar oder mittelbar) aus dem Tübinger Rechtsbuche oder seiner älteren

[1]) S. § 8 Inst. de mand. 3, 26.

Grundlage und aus den ganz oder bruchstückweise in die Anhänge des Petrus übergegangenen Schriften geschöpft ist. Das führt aber mit Nothwendigkeit zu der von mir gemachten Zeitbestimmung.

Ferner gibt die oben unter Nr. 4 mitgetheilte Kölner Glosse nr. 108 das Recht zu der Vermuthung, der Urheber der Sammlung von Rechtsregeln, woraus in App. P. I. 2, 3 einige Bruchstücke überliefert sind, möge Geminianus geheissen haben.

Die Heimat der Glossen ist Conrat geneigt in einer lombardischen Rechtsschule zu erblicken, und er deutet sogar ziemlich bestimmt auf Pavia hin. Denn er will in glo. 84 ad § 1 Inst. de oblig. 3, 13 v. iure: „veluti media iurisprudentia" eine Glosse zum Liber Papiensis, nämlich glo. ad Rothar. 153 wiedergefunden haben und macht ferner geltend, dass in einer der, wie erwähnt, in der nämlichen Handschrift enthaltenen fingirten Constitutionen Pavia als Heimatsort, Mailand als Ziel einer kurzen Reise bezeichnet werde. Ich habe nun zwar jene Glosse im Liber Papiensis an der angegebenen Stelle nicht gefunden und muss bestreiten, dass in den Worten: „cum absens eram Papiae" oder „cum absens eras Papiae" Pavia als Heimatsort verstanden werden könne, habe aber natürlich nach meinen Ausführungen auf S. 131 ff. gegen Conrat's Vermuthung selbst nichts einzuwenden.

Nachtrag zu dem Aufsatz
'Per traditionem accipere' in den Pandekten.

Seite 60 vor „Zur zweiten Gruppe gehören":

12. Jul. l. 45 § 4 de acqu. vel om. (29, 2): et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum jussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intellegatur non opera sua mihi adquirere, sed ex re mea, sicut in stipulando et per traditionem accipiendo ex re mea mihi adquirat.

Seite 64 vor dem Absatz „Von diesen lässt l. 25 § 1":

7. Ulp. l. 22 § 9 mand. (17, 1): fugitivus meus cum apud furem esset, pecuniam adquisiit et ex ea servos paravit eosque Titius per traditionem a venditore accepit. . . . . servus meus mandasse Titio videbatur, ut per traditionem acciperet.

O. G.



Litteratur.

Dr. J. Baron, Professor an der Universität Bern, Geschichte des römischen Rechts. Erster Theil: Institutionen und Civilprocess. Berlin, Verlag bei Leonhard Simion. 1884. XII und 471 S.

Das Bedürfniss nach einem, die Geschichte des römischen Rechts zusammenfassenden Werke ist allgemein anerkannt. Das Unternehmen, eine solche zusammenfassende Darstellung zu geben, bedarf also keiner weiteren Rechtfertigung. Wohl aber sind Zweifel darüber am Platze, ob das Werk des Verfassers jenes Bedürfniss zu befriedigen geeignet ist. Allerdings kann dabei nur nach dem bisher erschienenen ersten Theil geurtheilt werden. Doch ergibt sich aus ihm zur Genüge, dass aus dem begonnenen Unternehmen ein zur Orientirung geeignetes Handbuch der römischen Rechtsgeschichte schwerlich hervorgehen wird. Verfasser geht nämlich in ganz ähnlicher Weise zu Werke, wie in seinem bekannten Buche über Pandekten, sodass sich theilweise sogar wörtliche Uebereinstimmungen finden (vergl. z. B. § 33 der Rechtsgeschichte und § 337 der Pandekten). Wie dort werden zwar auch hier Meinungsverschiedenheiten referirt, aber niemals die Namen der Dissentienten genannt. Allerdings steht über jedem Paragraph ein Verzeichniss der einschlagenden Litteratur. Aber dem Leser, welcher aus dem Text ersehen hat, dass „Einige“ dieser, „Andere“ jener Meinung sind und sich damit nicht begnügen will, bleibt es überlassen, durch Nachschlagen sämmtlicher in dem Verzeichniss aufgeführten Schriften festzustellen, wer denn nun zu den Einen oder wer zu den Andern gehöre, ferner, welche Gründe für diese oder für jene Meinung angeführt werden. Denn auch das lässt sich nicht behaupten, dass die neuere Litteratur eingehend verarbeitet sei. So ist zwar das Buch von Schultze „Privatrecht und Process“ citirt, aber die eigenartige Auffassung dieses Schriftstellers nirgends berücksichtigt und Sohm's Institutionenlehrbuch ist, abgesehen von S. 11, gar nicht einmal citirt, auch da nicht, wo Sohm eine eigene Meinung vertritt. Vielmehr characterisirt sich der Abschnitt über Civilprocess als eine, allerdings durchaus gelungene Reproduction der Ansichten von Keller und Bethmann-Hollweg.

Verfasser selbst gibt über die Ziele, welche er mit seinem Buche verfolgt, keinen Aufschluss. Legt man deshalb einen andern Massstab an, nämlich den eines Lehrbuchs für Studirende, so gestaltet sich das Urtheil ganz anders. Der Vorwurf, dass Verfasser sich im Wesentlichen nur an das Ueberlieferte gehalten habe, dass er auf die gerade in neuerer Zeit zu Tage getretenen Zweifel nicht näher eingegangen sei trifft dann nur in sehr geringem Masse. Denn der Anfänger will Feststehendes, Zweifel verwirren ihn. Auch kann man dann dem Verfasser daraus kaum einen Vorwurf machen, dass sich nicht genauere Litteraturangaben finden. Denn es ist das Vorrecht eines Institutionenlehrbuchs, keine Litteraturangaben zu enthalten.

Dagegen besitzt das Buch den gerade für ein Lehrbuch nicht hoch genug anzuschlagenden Vorzug durchaus klarer und verständlicher Darstellung. Das für den Anfänger Wesentliche ist überall hervorgehoben, mehr Nebensächliches nur gestreift oder ganz fortgelassen. Gerade hierin ist, wie mir scheint, das richtige Mass gehalten. Ferner ist überall ein Verzeichniss von Belegstellen aus den Quellen beigefügt, offenbar um einer andern Hauptaufgabe des Lehrers, darauf hinzuwirken, dass die Quellen aufgeschlagen und gelesen werden, Rechnung zu tragen. Damit scheint es mir allerdings nicht ganz vereinbar, dass mehrfach neben den deutschen Ausdruck gleich in Klammern die lateinische Uebersetzung gesetzt ist; z. B. S. 29, wo uns gesagt wird, wie die Hausirer, Leichenbestatter und öffentlichen Ausrufer auf lateinisch heissen, obwohl diese Ausdrücke jederzeit in Heumanns Handlexikon nachgeschlagen werden können. Der Student, der sich diese lateinischen Ausdrücke merkt, kann leicht im Examen den Schein erwecken, als sei er in den Quellen wohl bewandert, während er sie in der That vielleicht kaum je aufgeschlagen hat.

Schwerer wiegt ein anderes Bedenken, welches sich gegen das vom Verfasser beobachtete System richtet. Nach dem Vorgange von § 12 I. 1. 2. theilt nämlich Verfasser den ersten Theil seiner Rechtsgeschichte in Personenrecht, Güter- und Vermögensrecht und Civilprocessrecht. Gerade für den Standpunkt eines Anfängers, auf den doch das Buch zugeschnitten zu sein scheint, ist das verkehrt. Denn im ersten Abschnitt des Personenrechts wird auch das Familienrecht mit Einschluss des Familiengüterrechts und der Peculien abgehandelt. Wie aber kann ein Anfänger dies verstehen, wenn er erst aus dem zweiten Abschnitt über das Vermögensrecht überhaupt ersieht, was eine Sache ist?

Halle a/S., im October 1884.

Schollmeyer.

Dr. Woldemar Marcusen, Docent an der Universität Bern, Die Lehre von der hereditas jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio pro herede. Bern, B. F. Haller, 1883. 158 S. 8.

Die vorliegende, an Druckfehlern reiche Schrift ist eine formell wie materiell mangelhafte Darstellung der beiden im Thema genannten Rechtsinstitute. Die formellen Mängel der Arbeit bestehn einerseits in einer allzu getreuen Anlehnung an die Gewährsmänner, andrerseits in einer oft ermüdenden Breite der Ausführung. Der materielle Hauptmangel des Buches, welches auf eine eigene feste Stellungnahme gegenüber dem an Controversen so überaus reichen Thema verzichtet, liegt in der Formulirung seiner Aufgabe. Einen „Zusammenhang" der Lehre von der hereditas jacens mit der alten usucapio pro herede im Hinblick auf die juristischen Begründungen dieser Rechtsinstitute, einen „Zusammenhang", vermöge dessen die usuc. pro her. „als die eigentliche Vorläuferin der späteren Theorie betrachtet werden muss" (S. 3/4), hat nicht nur die Arbeit des Verf.'s nicht eruiren können, sondern kann die Jurisprudenz überhaupt kaum construiren. Der einzige „Zusammenhang" jener Rechtsinstitute beruht vielmehr in deren praktischem Grunde, indem beide die den Erbschaftsgläubigern nachtheilige Herrenlosigkeit der Erbschaft vor Antritt des Erben aufzuheben bestimmt sind. Dieser Gedanke ist aber bereits so oft ausgesprochen und so handgreiflich, dass eine umfangreichere Behandlung desselben unnütz ist. Ein weiterer Mangel liegt in der zuweilen völlig unvollständigen, zuweilen geradezu fehlerhaften Darstellung, insbesondere im Abschnitt über die usuc. pro her. Hier mögen nur folgende Ausstellungen Platz finden.

1) Bei Besprechung der Frage, ob dem necessarius heres gegenüber eine usuc. pro her. statthaft ist, wird ohne Weiteres die Keller'sche Lösung acceptirt (S. 23). Dabei ist die Studemund'sche und Huschke'sche Lesung der Gajanischen Stellen: II, 58 und III, 201, welche gerade den entgegengesetzten Sinn wie die Lesung des Verf. giebt, völlig ausser Acht gelassen. Vgl. auch Puchta-Krüger, Institutionen II § 239 n. ff. extr.

2) Auf S. 26 wird das bei Gaius II, 57 citirte Senatusconsult unter Hadrian ohne Weiteres mit dem in fr. 20 § 6 D. de H. P. 5, 3 sich findenden S. C. Iuventianum identificirt, eine veraltete Hypothese, deren Widerlegung schon Dernburg, über das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen S. 19 A. 20 giebt. Wegen dieser falschen Grundauffassung wird die Wirkung des Gajanischen Senatskonsultes auf die Rechtsbeständigkeit der usuc. pro her. falsch dargestellt (S. 26 ff.). Vgl. Puchta, Pandekten § 515 n. i. extr.

3) Die Auslegung der usuc. pro her. im neuesten Rechte, welche irrthümlicher Weise auf fr. 3 D. pro her. 41, 5 gestützt wird, verwechselt

die usuc. pro suo, von welcher die letztere Stelle redet, mit der usuc. pro herede (S. 29 mit Anm. 25).

Dankenswerth ist der compilatorische Theil der Arbeit, welcher die Ansichten der römischen Jurisprudenz und der deutschen Wissenschaft über die hereditas jacens zusammenstellt (S. 69 ff.). Der kritische Theil fördert die Frage wenig.

Strassburg i. E. Dr. Fritz Werner Freund.

Anecdota Laurentiana et Vaticana in quibus praesertim Codicis Iustiniani summae ab Anatolio confectae plurima fragmenta continentur. Edidit recensuit prolegomenis notis indicibus versione latina instruxit E. C. Ferrini. Mediolani (Berolini apud S. Calvary ejusque socium) 1884. 4.

Unter den Professoren, welche auf den italienischen Universitäten über römisches Recht lesen, zeichnet sich der Mailänder E. C. Ferrini (jetzt Professor in Pavia) einestheils durch eine umfassende Vertrautheit mit den Forschungen deutscher Gelehrten, anderntheils dadurch aus, dass er den Quellen des griechisch-römischen Rechts seine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat.

Ferrini hat seine literarische Laufbahn, soweit ich dieselbe verfolgen kann, im Jahre 1882 begonnen mit einer in den Rendiconti del R. Istituto Lombardo Serie II Vol. XV fasc. IX—X erschienenen Abhandlung über eine von ihm in der Ambrosianischen Bibliothek entdeckte Handschrift, welche sich als eine Handschrift der Epitome legum vom Jahre 920 erwiesen hat. (Sie ist später von mir verglichen und der Ausgabe der Epitome in meinem Ius Graeco-Romanum P. VII zum Grunde gelegt worden.)

Im Jahre 1883 ist in denselben Rendiconti Serie II Vol. XVI fasc. 1 von Ferrini eine neue Ausgabe der griechischen Institutionen, welche dem Antecessor Theophilus insgemein zugeschrieben werden, mit eingehenden Bemerkungen über die vorhandenen Handschriften und älteren Ausgaben angekündigt und deren Nothwendigkeit nachgewiesen worden.

In demselben Jahre noch liess Ferrini eine Abhandlung folgen (Rendiconti Serie II Vol. XVI fasc. 10—11), in welcher er, was er schon in der vorangegangenen Abhandlung angedeutet hatte, des Weiteren ausführt, dass der Verfasser der griechischen Institutionen eine *κατὰ πόδας* Uebersetzung der Commentare des Gajus bei seiner Arbeit benutzt haben müsse. Dieser Abhandlung, welche zahlreiche feine Bemerkungen enthält, schliesst sich gewissermassen ergänzend eine andere an, welche im Jahre 1884 in den Rendiconti Serie II Vol. XVII fasc. 16 erschienen ist, und in welcher nachzuweisen versucht wird, dass der Verfasser der griechischen Institutionen aus denselben Quellen (insbesondere aus

Scholien zu Gajus) geschöpft haben müsse, wie der Verfasser der bekannten Turiner Glosse zu den Institutionen.

Zwischen diese beiden Abhandlungen fällt im Jahre 1884 das Erscheinen des ersten Bandes der neuen Ausgabe der griechischen Institutionen unter dem Titel: Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. Sie ist in dieser Zeitschrift V Rom. Abth. S. 271 ff. bereits besprochen worden.

Im Laufe desselben Jahres ist in den Rendiconti Serie II Vol. XVII fasc. 7—8 eine Abhandlung erschienen, welche sich über einen Anhang von Excerpten verbreitet, die einer HS. der griechischen Institutionen und deren Abschriften hinzugefügt sind. Dieser Anhang ist nun neuerdings von Ferrini in dem in der Ueberschrift dieser Anzeige angegebenen Druckwerke herausgegeben worden: die Prolegomenen wiederholen, was in der gedachten Abhandlung bereits ausgeführt war.

Dass uns in diesem Anhange eine ganze Reihe von Stellen aus der Summa des Codex des Anatolius (— des von Justinian in der const. ad Antecessores vom Jahre 533 gerühmten Berytiensischen Antecessors, wie Ferrini will, oder eines jüngeren Juristen dieses Namens, was mir wahrscheinlicher erschienen ist —) geboten wird, ist nach den vom Herausgeber beigebrachten Beweisen zweifellos.

Wichtig ist das Bekanntwerden dieser Fragmente in doppelter Hinsicht.

Einmal weil mit Hülfe derselben erkannt wird, dass, wie auch der Herausgeber hervorgehoben hat, die Summa des Anatolius nicht identisch ist mit der Codexsumma des Antecessor Stephanus. Ich hatte früher die Identität Beider behauptet, muss aber jetzt diese Behauptung als eine irrige bezeichnen. Eine weitere Verfolgung dieser so gewonnenen Einsicht hat mich zu eigenthümlichen Resultaten geführt, welche ich in einer Abhandlung „über das Alter und die Quellen des Pseudo-Photianischen Nomokanon" zusammengestellt habe, die nächstens in den Mémoires der Petersburger Akademie erscheinen wird.

Die Fragmente aus dem Codex des Anatolius scheinen aber auch noch in anderer Hinsicht von grosser Wichtigkeit werden zu wollen. Sie beweisen nämlich unleugbar, dass bei der Constitution des Textes der Basiliken ein viel ausgedehnterer Gebrauch von der Summa des Anatolius gemacht worden ist, als man bisher anzunehmen geneigt war. Sie bestätigen nicht nur die von mir früher ausgesprochene Vermuthung, dass die im Text der Basiliken vorkommenden Stellen aus Cod. 8, 4 sqq. sämmtlich aus der Summa des Anatolius geschöpft sind, sondern beweisen auch, wie der Herausgeber nachträglich anführt, dass ebenso aus anderen Büchern und Titeln dieser Summa Stellen in den Text der Basiliken aufgenommen worden sind. Vielleicht führt dies noch einmal zu einem genaueren Einblick in die Composition der Basiliken, der für die Fixirung des Charakters der im Texte der Basiliken so wie in deren Scholien benutzten Indices und Summen von entscheidender Wichtigkeit sein würde. Es ist mir schon längst wahrscheinlich erschienen, dass zwei Männer oder Commissionen mit der

Redaction der ἀνακάθαρσις τῶν νόμων betraut gewesen sind, und dass die Basiliken durch ein Zusammenschweissen der beiderseitigen Arbeiten entstanden sind. Die Vorrede des Prochiron, welches von der einen Partei ausgearbeitet worden ist, lässt annehmen, dass das grosse Sammelwerk (die nachher so genannten Basiliken) in 60 Büchern erscheinen und mit der Lehre vom Eherechte beginnen sollte: die von der anderen Partei ausgearbeitete Epanagoge dagegen spricht von nur 40 Büchern und deutet deren System in der Weise an, dass der Anfang mit einem Titel περὶ νόμου καὶ δικαιοσύνης gemacht, und darauf περὶ βασιλέων καὶ πατριαρχῶν καὶ τῶν ἑξῆς ἀρχοντικῶν προσώπων, περὶ τῶν ἐν ἐκκλησίᾳ ἱερατικῶν καὶ ἀρχιερατικῶν τελετῶν καὶ ἀποκληρώσεων u. s. w. gehandelt werden sollte. Sehen wir uns nun die uns erhaltenen Basiliken an, so finden wir, dass das letztere System wenigstens theilweise bei der definitiven Redaction vorgezogen worden ist, während im Uebrigen deutlich erkennbar wird, wie die einzelnen Stücke von den beiden Parteien zum Theil in verschiedener Weise und nach verschiedenen Principien ausgearbeitet worden sind. Die zweite Partei arbeitet mehr mechanisch und beschränkt sich auf eine mehr äusserliche Zusammenstellung der Digesten, des Codex und der Novellen: sie giebt unter einer zusammenfassenden Rubrik zuerst den betreffenden Titel der Digesten, sodann die entsprechenden Titel des Codex, endlich die betreffenden Novellen. Die erste Partei dagegen hat den Versuch gemacht, diese Quellen nicht blos neben einander zu stellen, sondern zu einem Ganzen zu verarbeiten. Dieser Unterschied fällt sofort in die Augen, sowie man z. B. Basil. lib. VI mit lib. XXVIII vergleicht. Die Frage ist nun, ob die beiden Parteien vielleicht auch verschiedene Quellen benutzt haben, z. B. für die Digesten die eine vorwiegend die Summa des Anonymus, die andere die des Kyrillus, für den Codex die eine den Index des Thaleläus, die andere die Summa des Anatolius, für die Novellen endlich die eine den Originaltext nach der Sammlung von 168 Stücken, die andere das Breviarium des Theodorus; was freilich nicht ausschliessen würde, dass bei der definitiven Redaction mitunter die Lesung der einen Partei mit der Lesung der anderen vertauscht worden sein könnte. Die Frage ist offenbar einer eingehenden Untersuchung werth, und es leuchtet ein, wie hinsichtlich des Codex erst durch die genauere Bekanntschaft mit der Summa des Anatolius eine festere Basis für eine solche Untersuchung geschaffen ist.

Wir haben daher Herrn Dr. Ferrini für die Herausgabe der Fragmente Dank zu sagen; wenn derselbe sich an der angedeuteten Untersuchung versuchen wollte, so würde er sich ein noch grösseres Verdienst erwerben.

Dr. Z. v. Lingenthal.

Henry John Roby, An introduction to the study of Justinian's Digest, containing an account of its composition and of the jurists used or referred to therein together with a full commentary on one title (de usufructu). Cambridge 1884. CCLXXIX bezw. 260 S. 8.

Das vorliegende Werk ist, soweit ich sehe, in der Art seiner Anlage neu. Es soll (Einl. S. VI) zur Einführung des angehenden Juristen in das Studium der Digesten dienen und demselben hierbei in der Weise Hülfe leisten, wie es auf anderem Gebiete etwa eine Ausgabe eines klassischen Schriftstellers mit Anmerkungen thut.

Weder die Idee selbst noch die Ausführung derselben scheint mir besonders glücklich zu sein.

Das Werk zerfällt in zwei Theile. Der erste Theil behandelt zunächst in fünf Kapiteln die Entstehungsgeschichte des corpus iuris. Es folgt in den nächsten zehn Kapiteln eine Geschichte der römischen Juristen, soweit sie in den Digesten vorkommen. Kapitel XVI enthält einzelne Bemerkungen „of lawyers' latin“; Kapitel XVII beschäftigt sich mit dem Texte der Digesten; Kapitel XVIII handelt von der Citirweise des corpus iuris; in Kapitel XIX endlich werden dem Studenten einige Bücher empfohlen.

Im Grossen und Ganzen enthalten Kap. I—V und XVII—XIX das, was in den ersten Vorlesungen über Institutionen auf deutschen Universitäten vorgetragen zu werden pflegt. Kapitel I beginnt damit, Justinian sei ein Slawe oder Gothe gewesen (das letztere wohl nach Gibbons wunderlicher Etymologie von Uprauda). Aber dass die Slawen schon in so früher Zeit so weit südlich gesessen haben sollten, ist höchst zweifelhaft (Rösler, Sitzungsberichte der Wiener Akademie 1873. 1, 115 f.). Die Geschichte der römischen Juristen zeichnet sich zunächst durch Reichhaltigkeit des Quellenmaterials aus. Sie enthält allerdings einzelne Unrichtigkeiten bezw. Ungenauigkeiten. So wird gelegentlich der Erörterung der bei Gaius III, 98 sich findenden Schulkontroverse (S. 134 Nr. 11) gesagt, Justinian habe die Ansicht der Proculianer über unmögliche Bedingungen gebilligt, während das Gegentheil richtig ist (§ 10 J. 2, 14); auf Seite 137 (Nr. 21), wo von der exceptio legis Cinciae die Rede ist, heisst es, die Proculianer seien der Meinung gewesen, auch jeder Dritte, gegen den eine Klage auf eine contra legem Cinciam vollzogene Schenkung gegeben würde, könne die exceptio legis Cinciae vorschützen, während doch aus l. 21 D. 39, 5 hervorgeht, dass Celsus anderer Ansicht gewesen ist; Pedius hat ferner durchaus nicht „apparently“ vor Pomponius gelebt, wenigstens beweist l. 1 § 4 D. 4, 3 dies nicht. Ueber den Polyonymus C (oder L.?) Javolenus wissen wir mehr als S. 159 f. nach dem bekannten Briefe des Plinius erzählt wird. Wir kannten ihn bereits (C. I. L. 3, 2864) als iuridicus von Britannien, als Legaten in Syrien und Germanien, als Proconsul von Africa; wir finden ihn in einer Mainzer Inschrift aus dem Jahre 90

als Beamten in Germanien wieder (Ephem. epigr. 5, 652). Allein sieht man hiervon ab, so muss man die Zuverlässigkeit der vom Verfasser gemachten Angaben anerkennen, die namentlich gegenüber dem von Rudorff in seiner Rechtsgeschichte gegebenen kürzeren Abriss der Geschichte der römischen Juristen hervortritt. Zu bezweifeln ist jedoch, ob gerade die Art und Weise der Darstellung (z. B. S. 145 flg., S. 117 flg. u. s. w.) und der Umfang derselben (125 Seiten) zur Erreichung des vom Verfasser gewünschten Zweckes dienlich ist.

Der zweite Theil, welcher einen Commentar zum Titel de usufructu enthält, steht mit dem ersten Theile in keinem Zusammenhange. Der Verfasser hat auch hier mit ausserordentlichem Sammlerfleiss und grösster Sorgfalt eine Menge Material zusammengetragen. Es ist fast jedes Wort commentirt. Allein gerade hierin liegt m. E. der Fehler des Werkes. Der Schüler, der einen römischen Classiker liest, soll die lateinische Sprache lernen; er soll ferner an der logischen Ausdrucksweise der Römer seinen Verstand schärfen und endlich das Alterthum kennen lernen. Zur bessern Erreichung dieses dreifachen Zweckes mögen Ausgaben mit Anmerkungen grammatischen, historischen u. s. w. Inhalts geeignet sein. Der junge Jurist soll aber durch das Studium des corpus iuris lediglich „juristisch denken" lernen. Die klassische Jurisprudenz der Römer, wie sie sich in den Pandekten verkörpert, ist — wie Bethmann-Hollweg mit Recht sagt — ein durch nichts anderes zu ersetzendes Mittel juristischer Bildung. Von diesem Standpunkte aus halte ich es überhaupt für verfehlt, einen „Commentar" zum corpus iuris als Ganzem oder einzelnen Theilen desselben zu schreiben. Jedenfalls aber muss dieser Gesichtspunkt bei Abfassung eines Commentars in der entschiedensten Weise hervortreten.

Im vorliegenden Werke ist dies in keiner Weise der Fall.

Der Verfasser giebt zahllose Anmerkungen, die für den jungen Juristen und den Juristen überhaupt auch nicht das geringste Interesse haben können. Was kümmert es ihn z. B., ob es oportunus oder opportunus heisst, und wo die eine oder die andere Form gebraucht wird (S. 128); was geht es ihn an, ob unreife Oliven besseres Oel geben oder reife, und ob Columella zwischen acerbum und aestivum oleum unterscheidet u. s. w. (S. 216); was interessirt es ihn, zu erfahren, wie oft lapicidinae und wie oft lapidicinae in der lateinischen Litteratur vorkommt, und dass der Grammatiker Consentius beide Formen für richtig hält (S. 69—70) u. s. w., u. s. w. Komisch geradezu wirkt es, wenn man auf Seite 91 ad voc. decerpserit vel desecuerit die Note findet: „plucked or cut down, the former being applicable to ordinary fruits (e. g. olives, grapes, apples, etc.), the latter to corn, grass, etc." und wenn für diese Wahrheit noch Quellenstellen angeführt werden; oder wenn es auf Seite 195 ad voc. pascere heisst: „Pasturage applies to sheep, goats, swine, oxen, horses, asses and mules (cf. Varr. R. R. II. 1. § 12, § 16)".

Ein grosser Theil der Anmerkungen behandelt ferner Dinge, die in jedem Lehrbuche der Institutionen bezw. Pandekten zu finden sind. So wird z. B. gelegentlich des Vorkommens des Wortes usucapio ein

Abriss der Geschichte der Usucapion gegeben (S. 137—141); ad voc. lege Aquilia findet sich eine Uebersicht über die Entwicklung der Aquilischen Klage; ebenso ad voc. quod vi aut clam eine Erörterung über Wirkung und Bedeutung dieses Interdikts u. s. w. Der Verfasser kann doch unmöglich der Meinung sein, dass der junge Jurist lediglich an der Hand seines Commentares sich dem Studium der Pandekten widmet. Er wird doch immer Lehrbücher nöthig haben, um sich daraus über diese und jene Frage zu orientiren. Wozu also solche weitschweifigen Noten, wo kurze Hinweise genügten?

Scheiden diese beiden Kategorien von Anmerkungen aus, und dazu noch etwa die ad voc. noxa, die z. Th. recht zweifelhaft, entschieden dem Studenten zuviel zumuthet, so möchte das Buch, ähnlich der Bethmann-Hollweg'schen Erläuterung des 20. Buches der Pandekten, den Zweck, den angehenden Juristen in die Methode der römischen Juristen einzuführen und ihn im juristischen Denken zu üben, besser erreichen, wie jetzt, wo er von der Fülle des Materials verwirrt und erdrückt wird, falls überhaupt, wie mir fraglich erscheint, der Titel de usufructu ein gerade hierfür besonders geeigneter ist.

Auf den Inhalt der übrigen Noten einzugehen, ist nicht erforderlich. Wesentlich Neues wird darin nicht gegeben, wie es ja auch in der Natur der Sache liegt. Nur zwei Punkte möchte ich hervorheben, Einmal kann ich die vom Verfasser auf S. 125—126 gegebene Erklärung von l. 15 § 7 D. 7, 1 für eine solche nicht halten, glaube vielmehr, dass man bei der herrschenden Meinung stehen bleiben und die Stelle durch den Mangel einer entsprechenden Form für die Betheiligung des Usufructuars an der in iure cessio erklären muss. Dann aber stellt der Verfasser auf Seite 30 die Behauptung auf, dass das klassische römische Recht eine vindicatio des fundus provincialis gekannt habe und stützt dieselbe auf Gaius II. 21. M. E. mit Unrecht. Die Worte „in eadem causa" bei Gaius dürfen entschieden nicht so premirt werden, wie der Verfasser es thut. Gaius hat weiter nichts sagen wollen, als dass der fundus provincialis res nec mancipi sei und dass an demselben eine eigenthumsähnliche Herrschaft stattfinde. Er würde sich sonst in striktem Widerspruch mit der römischen Auffassung befinden, wonach der Provinzialboden als res publica angesehen wurde und zur vindicatio ex iure Quiritium res in commercio nothwendig war. Dazu kommen aber noch die Stellen bei Gaius selbst (II. 7) und bei Frontin. Der Verfasser meint zwar beide mit seiner Ansicht vereinigen zu können (S. 30—32). Allein wenn bei dem fundus provincialis ein „meum esse ex iure Quiritium aio" möglich war, konnte die Frage, ob derselbe die Eigenschaft eines locus religiosus erlangen könne (Gaius l. c.), gar nicht aufgeworfen werden; es war dann eben nicht zu bezweifeln. Daraus, dass sie aufgeworfen ist, folgt also gerade, das eine vindicatio nicht zulässig war, dass sich aber ein dem dominium ex iure Quiritium ähnliches, zur Anregung dieser Frage berechtigendes Verhältniss, über dessen Wirksamkeit man sich noch nicht einig war, am fundus provincialis herausgebildet hatte, nämlich das sog. dominium ex aequo. Die Stelle

bei Frontin unterstützt diese Auffassung entschieden, da es vom philologischen Standpunkte aus keinem Zweifel unterliegt, dass die Worte „ex aequo“ zu vindicant zu ziehen sind.

Hannover. Dr. H. H. Pernice.

M. Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen. Graz, Leuschner & Lubensky. IX, 201. 8.

Die beiden in Wlassaks neuestem Buche vereinigten Abhandlungen hängen innerlich zusammen, so dass die Untersuchungen mehrfach in einander greifen. Sie erörtern zwei Probleme der Rechtsbildung in der römischen Kaiserzeit: den „Rechtsdualismus“ und die „Senatsgesetzgebung und das Constitutionenrecht“ des Princeps. Wlassak legt, wie wir es bei ihm gewohnt sind, das Quellenmaterial vollständig und sauber gesichtet uns vor, und entwickelt daran sicher und eindringend seine Anschauungen. Die Stärke des ersten Aufsatzes liegt in der Kritik neuerer Hypothesen; damit aber ist die Frage nach dem Wesen des sog. *ius extraordinarium*, auf die alles ankommt, schwerlich schon erledigt. Die zweite Arbeit gelangt für das kaiserliche Gesetzgebungsrecht zu einem Ergebnisse, dem ich mich nicht anzuschliessen vermag; Wlassak hat damit mehr zu weiterem Forschen anregen, als endgiltiges aufstellen wollen (S. V.).

I.

Die erste Abhandlung will auf der éinen Seite das Nebeneinanderstehen des Civil- und prätorischen Rechtes während der ganzen Kaiserzeit dartun; auf der anderen soll erwiesen werden, dass eben nur diese beiden Systeme sich gegenüberstehen.

Am Anfange (§ 1) sind die Quellenaussprüche, die für den römischen Rechtsdualismus entscheidend sind, soweit ich sehe, mit grosser Vollständigkeit zusammengestellt. Daraus ergibt sich denn ohne weiteres (§ 2), dass an dem Gegensatze von Civil- und prätorischem Rechte vor wie nach Hadrians Edikte festgehalten wurde; dass das in nachklassischer Zeit etwas rein doktrinäres war, wird natürlich nicht geläugnet (S. 16). Die gesetzliche Fixierung des Edikts durch Hadrian hatte, so wird kurz angedeutet (S. 15), die Wirkung, dass die Prätoren nunmehr genötigt waren, Julians Redaktion als die ihrige zu veröffentlichen; formell bleibt das Edikt also immer noch das des Prätors. Ich glaube, diese Formulierung ist die staatsrechtlich allein zutreffende: die kümmerlichen Bruchstücke, die wir aus Hadrians Senatsrede haben, und die dürftigen Berichte über den ganzen Vorgang widersprechen ihr keinesfalls. Auf eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen von Schultze, welche den Rechtsdualismus zu Gunsten eines einheitlich

prätorischen Rechts bestreiten, hat sich Wlassak nicht eingelassen; er begnügt sich aus äusseren Ursachen (S. IV) mit einer Ablehnung. Er mag auch sonst durch gute Gründe dazu bestimmt worden sein. Indes sollte ich doch meinen, dass zu einer allseitigen Lösung der einmal gestellten Aufgabe auch eine Verteidigung der Rechtsduplicität gegen den neuesten nachdrücklichen Angriff, der freilich erfolglos bleiben wird, gehört hätte. So fällt der Ton auf die andere Seite, auf die Zurückweisung der von einzelnen behaupteten Dreifaltigkeit des römischen Privatrechts (S. 35).

Wlassak bahnt sich dazu den Weg, indem er (S. 18 ff.) die Bedeutung von *ius praetorium* und *honorarium* im objektiven Sinne[1]) feststellt: er bestimmt es als obrigkeitliches Recht, das auf dem imperium des Prätors beruhe, von ihm geschaffen sei (S. 23). Die Fälle, wo Gesetz, Senatsbeschluss u. s. w. einen Ediktssatz veranlassten, bleiben beiseite. Auch ein ius praetorium im engeren, „mehr formalen Sinne" will Wlassak nicht anerkennen, d. h. solche Institute sollen nicht prätorische genannt werden, die im Album stehen, aber nicht vom Prätor begründet worden sind. Er weist darauf hin, dass die Aktionen sämmtlich im Album sich finden und doch nie alle als prätorische bezeichnet werden (S. 20). Das ist ohne Zweifel richtig. Doch glaube ich nicht, dass Wlassak die Fälle zutreffend beurteilt, wo das Beiwort *praetorius* emphatisch bei solchen Instituten gebraucht wird, die sicher nicht vom Prätor herrühren. Freilich 1) die Stellen, welche die *exceptiones* alle prätorische zu nennen scheinen, dürfen, wie Wlassak mit Recht sagt, (S. 20), nicht so genau genommen werden; sie sind in der Tat als Belege wider das Dasein von Civilexceptionen wenig geeignet. Anders dagegen 2) das *pignus praetorium.* In fr. 12 p. empt., wo Papinian dem Missus ein *p. praetorium* zuschreibt, kann man unmöglich mit Wlassak das Wort als interpoliert ansehen (S. 24). Denn zu Papinians Zeit hat der Missus noch kein Pfandrecht; ein Zusatz musste also bei *pignus* stehen, um dessen besondere Natur zu kennzeichnen. Für die *stipulatio praetoria* 3) rechtfertigt Wlassak das Eigenschaftswort selbst damit, dass der Prätor hier die Stipulation auferlegte (S. 25). Das ist auch meine Ansicht. Aber Wlassak scheint mir dadurch die behauptete Einheitlichkeit des Ausdrucks *praetorius* arg zu gefährden. Denn nicht die Schöpfung des Rechtsbehelfes, sondern dessen eigenartige Verwertung geht hier vom Prätor aus. Und ganz ähnlich steht es 4) mit dem *tutor praetorius* (Gaius 1, 184; Ulpian 11, 24): er wird vom Prätor bestellt, wo Mündel und Tutor einen Rechtsstreit haben. Wlassak hat um dieses Vormundes willen die einstimmige und an sich glaubwürdige Ueberlieferung verworfen, wonach dem Prätor erst durch die lex Atilia das Recht der Vormundsernennung übertragen worden ist; dies Gesetz soll vielmehr seine kraft des Oberamtes ihm zustehende Kompetenz durch

---

[1]) Denn im subjektiven Sinne ist ius praetorium = potestas praetoria, wie ja ius und potestas so häufig wechseln; das gehört nicht hierher (S. 22, und dazu Tacitus ann. 1, 10 und 4, 15: uis praetoria).

die angeordnete Mitwirkung der Tribunen bei der Vormundsbestellung beschränkt haben (S. 27 ff.). Das ist m. E. vor allem mit der lex Titia unvereinbar, welche die tutoris datio auch den Provinzialprätoren gab (Festgabe f. Beseler S. 53 A. 1). Wlassak hat ausserdem übersehen, dass Gaius und Ulpian zur Erläuterung des Ausdruckes betonen, der Vormund werde vom *urbanus*, nicht vom *tutelaris p.* bestellt. Die Erklärung, meine ich, ist ziemlich einfach: es handelt sich hier um die Ermöglichung eines Prozesses durch den Stadtprätor, also um einen Notbehelf. Fasst man alles zusammen, so scheint sich zu ergeben, dass die Juristen das Wort *praetorius* emphatisch anwenden, um Rechtsmittel zu bezeichnen, die aus dem spezifisch-prätorischen *imperium mixtum* hervorgehen. In diesem Sinne könnten zur Not auch die Exceptionen *praetoriae* heissen.

Für Wlassaks eigentlichen Vorwurf scheint mir diese Ausführung im Ganzen nebensächlich; ihm selber indes offenbar nicht. Denn er knüpft daran eine scharfe Mahnung, zu welcher er sich sogar ein paar Kraftwendungen von Ihering borgt (S. 34): Sprachfälschung sei so gemeingefährlich wie Münzfälschung; wir sollten am Sprachgebrauche der römischen Juristen festhalten. In Wlassaks Munde ist diese Aeusserung überraschend. Dem Sprachgebrauche der römischen Juristen stehen auch solche von uns, die nicht zu den Skeptikern gerechnet werden möchten, recht kühl gegenüber. Wlassak selbst betont sehr energisch (S. 135 f.), wie schwankend der Sprachgebrauch der Juristen bei den Kaisererlassen sei. Ist es denn eine so arge Sünde, auch bei 'Album' und 'Edikt' seine eigenen Wege zu gehen? Denn darauf kommt es W. doch wol hauptsächlich an (Grünhuts Ztschr. 12, S. 261). Hiessen nicht die Kommentare der römischen Juristen *libri ad edictum*, obwol sie die Formeln mit erläuterten?

Auf Grund dieser Vorbereitung gelangt Wlassak zu dem Satze: das römische Privat- und Aktionenrecht zerfällt in ius ciuile und praetorium (S. 35); der Gegensatz ist ausschliessend: es gibt keine Mischgebilde; er ist erschöpfend: es gibt kein *ius naturale* und kein *ius extraordinarium* als selbständige Rechtsquellen. Von diesem Standpunkte aus wendet er sich 1) gegen Bekkers „actiones ciuiles honorariaeque", insofern sie eine „Mischkategorie" sein sollen. Er operiert diesen Klagen gegenüber mit seinem alten Gedanken von der Aufnahme prätorischer Rechtssätze ins Civilrecht (S. 41), gegen den ich immer noch mistrauisch bin. Indes scheint mir Bekker von dieser Polemik gar nicht getroffen zu werden. Die Frage, ob die *aes in factum ciuiles* zum prätorischen oder Civilrechte gehören, wirft er gar nicht auf. Ihm kommt es nur darauf an zu zeigen, dass eine Reihe von Aktionen aus civilen Elementen (intentio) und prätorischen Zutaten (demonstratio, praescripta uerba) gemischt sind. Dass der Prätor diese Mischung bewirkt und insofern diese Formeln geschaffen hat, wird nirgends geläugnet (Aktionen 1, 153).

Wlassak setzt sich weiter 2) mit den Aeusserungen der römischen Juristen auseinander (S. 43 ff.), welche die Naturalobligation ausdrücklich

auf das ius naturale als ihre Quelle zurückführen und danach ein drittes Rechtssystem anzuerkennen scheinen. Was darüber gesagt wird, scheint mir durchaus zutreffend: das ius naturale sei keine Rechtsquelle; denn n. obl° bedeute gerade die Verneinung einer rechtlichen Verbindlichkeit; die positiven Wirkungen, welche dies nach römischer Anschauung rein tatsächliche Verhältnis denn doch hervorbringt, beruhen teils auf civilem Rechte (z. B. die Bürgschaft), teils auf prätorischem, z. B. das Pfandrecht, das dabei statthaft ist. Allerdings haben die römischen Juristen einen Unterschied nicht gemacht. Was Wlassak hieran allgemeines über Herkunft und Entwickelung der Naturalobligationen anknüpft, mag dahin gestellt bleiben. Mir dünkt die Frage ziemlich verwickelt: es sind allem Anscheine nach zwei verschiedene Strömungen unter den Juristen gewesen, und Julian ist mit seinem Versuche Klarheit zu schaffen nicht oder nicht ganz durchgedrungen.

Den grössten Raum nimmt 3) die Bekämpfung des *ius extraordinarium* ein (S. 51 ff.). Rudorff und Kuntze verstehen darunter den dritten „Rechtsteil", der sich in der Kaiserzeit durch andere Faktoren, als den Prätor, neu, d. h. nicht in unmittelbarer Ausgestaltung des republikanischen Rechtes gebildet hat. Er ist nach ihnen gleichzusetzen mit dem *ius nouum* der Rechtsbücher und steckt als Papiansmasse in den Digesten. Seine Eigentümlichkeit ist, dass auch die letzten römisch-nationalen Erdenreste ihm abgestreift sind; es wird bereits vom „modernen Rechtstile" beherscht. — Diesen ganzen phantastischen Aufbau hat Wlassak gründlich zerstört. Er weist darauf hin, dass die Anhänger der Trichotomie die zahlreichen Quellenzeugnisse für den Dualismus einfach mit Stillschweigen übergehen; er zeigt kurz und bündig, dass das ius eo. nicht mit dem ius nouum, und dies nicht mit der Papiniansmasse sich gleichsetzen lasse (S. 60 f.); er betont, dass ius ciuile und honorarium keinen einheitlichen Charakter haben (S. 62 f.), und dass ihre Institute keinen Gegensatz zu denen des „neuen Rechtes" bilden können: denn aequitas und ius gentium sind auch ins Civilrecht eingedrungen, und die Abstreifung nationaler Besonderheiten hat sich schon im ius praetorium in sehr weitem Umfange vollzogen, es ist „anational" geworden — nach Wlassaks „unhübschem" Ausdrucke. Im Gegensatze zu jener Theorie erklärt Wlassak das i. eo. rein processualisch; es sind die Sachen, die im Cognitionsverfahren verhandelt werden; dem gegenüber steht der Formularprocess als *ius ordinarium.* Dabei aber wird bemerkt, dass nicht überall, wo *extra ordinem* oder ähnliche Ausdrücke gebraucht werden, man sofort an die cognitio denken dürfe (S. 86 ff.). Ich halte alle diese Ausführungen für vollkommen schlagend und richtig; und deshalb möchte ich mich ausdrücklich gegen den Verdacht Wlassaks verwahren (S. 65, S. 95), dass ich ein Anhänger der hier angefochtenen Lehre noch sei oder gewesen sei. Es ist mir vielleicht gestattet hervorzuheben, dass ich die ersten Anfänge von Kuntzes Theorie, seine Schöpfung eines Soldatenrechtes (S. 52 A.), gleich bei ihrem Erscheinen als „nicht glücklich" bezeichnet habe (Litt. Centralbl. 1869, Sp. 825). Ich zweifle nicht, dass auch anderen, die Wlassak als

Verehrer des „dritten Rechtsteiles“ aufführt, es ablehnen werden, das neue Dogma mit Haut und Haren anzunehmen. Eine andere Frage aber ist, ob man bei dieser Verneinung stehen bleiben dürfe. In dieser Richtung noch ein par Bemerkungen.

1) Wlassak möchte am liebsten selbst den Ausdruck i. eo. aus den Quellen streichen (S. 72 ff.). Er findet sich in ganz unzweideutiger Verwendung lediglich bei Ulpian fr. 10 de V. S. Dass hier die Flor. *exordinario* liest, scheint mir ohne Bedeutung. Die Verbesserung des Schreibfehlers liegt auf der Hand. Sollte mehr dahinter stecken, so hätte Wlassak doch seinerseits zeigen müssen, was statt des nächstliegenden, schon in der Vulgata eingesetzten da gestanden haben könnte. Wichtig ist aber, dass Wlassak durch seine Abneigung gegen das ***ius extraordinarium*** bestimmt wird, auch das in den Quellen mehrfach auftretende ***ius ordinarium*** mit Misgunst und nicht ganz gerecht zu behandeln. Er will diesen Ausdruck ebenfalls rein processualisch deuten (S. 81 ff.); es soll überall der (ordentliche) Rechtsweg damit gemeint sein. Man kommt dem Gedanken der Juristen, glaube ich, näher, wenn man darunter die im Ordinarverfahren massgebenden Rechtsnormen versteht, also die Sätze, welche die Verhandlung selbst wie die zur Verhandlung kommenden Verhältnisse bestimmen.

2) Das hängt mit etwas anderem zusammen. Wlassak hat die Frage nicht aufgeworfen, wie man dazu kam, seit dem Beginne der Kaiserzeit gewisse Privatansprüche nicht durch actio, sondern durch die cognitio geltend machen zu lassen. Er sagt selbst (S. 63), die formlosen Verträge seien so unrömisch, wie die Fideicommisse; und doch dort actio, hier persecutio. Für Salär- und Honorarforderungen antworten unsere Lehrbücher fast durchgängig mit dem Hinweise auf die besondere Natur der in Betracht kommenden Verhältnisse (Eck, R. L. 1, 533); sie legen also unbewusst eine ganz ähnliche, wie die hier bekämpfte Anschauung zu Grunde. Diese ist gewis unrichtig: man muss umgekehrt davon ausgehen, dass für diese Ansprüche im Beginne der Kaiserzeit eine neue Instanz, regelmässig eine neue Behörde eingesetzt wurde. Aber warum geschah das?

3) Das führt auf andere Fragen, denen nachzugehen vielleicht der Mühe wert wäre. Ein Grund für das kaiserliche Einschreiten ist gefunden, wenn wirklich seit der Kaiserherschaft die Prätoren ihre rechtserzeugende ediktale Tätigkeit eingestellt haben. Ein Rechtssatz, der sie ihnen untersagte, wird sich schwerlich entdecken lassen. Am Ende wäre es aber möglich, durch genauere Untersuchung der einzelnen Ediktsschichten festzustellen, ob sich darunter eine aus dem 1. Jahrh. n. Chr. findet. Mir scheint vorläufig, dass die Prätoren der Kaiserzeit nur auf Anregung der gesetzgebenden Gewalten neue Sätze ins Edikt einfügten, im übrigen sich auf mehr formale Abänderungen beschränkten. Die julianische Ediktsredaktion wäre danach von lange her vorbereitet: die Dinge in der Kaiserzeit machen sich viel mehr, als dass sie gemacht werden.

4) Wir wissen bestimmt, dass in der Kaiserzeit von den Prätoren neue actiones in factum für einzelne Fälle gegeben, nicht aufgestellt wurden: so den Haussöhnen aus Delikten und Verträgen, statt der a. doli gegen gewisse Personen, aus einzelnen sg. Innominatverträgen, bei Sachbeschädigung. Ich vermag nicht zu übersehen, ob unsere Quellen gestatten genauer zu begrenzen, wieweit der Prätor mit dieser Aushilfeklage gehen durfte, oder zu gehen pflegte; aber untersuchen müsste und könnte man das. Ich vermute, man würde dahin gelangen, ihm hier nicht volle Freiheit zuzugestehen; er wird nur „im Geiste" des Civilrechtes und des Ediktes seine neuen Rechtsmittel erteilt haben. Dafür sprechen die actiones in factum ad exemplum l. Aquiliae, die a. in f. bei einigen unbenannten Verträgen u. dgl. (so wol auch Bekker, Aktionen 2, 148 fg., 152).

5) Nimmt man beides zusammen, so wird man doch kaum umhin können, den Extraordinärsachen auch materiellrechtliche Eigentümlichkeiten zuzuschreiben, freilich nur negativ solche, welche in diesen Fällen die a. in factum zu geben hinderten. Ich habe auf diesen Punkt an anderer Stelle hingedeutet (Festgabe f. Beseler S. 62 ff.). Fideikommisse gab es schon zu republikanischer Zeit. Weshalb gewährte der Prätor dem Bedachten nicht in besonderen Fällen a. in factum? Wahrscheinlich dachte er noch nicht so frei wie Marcell (fr. 12 § 17 mand.) und hielt mandata post mortem für unstatthaft.

6) Fragt man endlich, zu welchem Rechtsteile das ius eo. gehöre, d. h. die unzweifelhaft materiellrechtlichen Sätze, welche für die Entscheidung in Cognitionssachen massgebend waren, so wirft Wlassak (S. 17) nur gelegentlich hin, sie müssten civiler oder prätorischer Natur sein. Als Erläuterung dazu kann eine Aeusserung der 2. Abhandlung dienen. Wo die Kaisererlasse sich als authentische Interpretation darstellen, da teilen sie das Wesen des ausgelegten Rechtssatzes (S. 107, 184), sie schaffen also bald civiles, bald Honorarrecht. Dagegen lässt sich gewis nichts einwenden. Aber die Regel trifft gerade das eigentliche i. eo. nicht, z. B. die Fideikommisse und die sg. gesetzliche Alimentenforderung. Wlassak selbst meint (S. 192), die römischen Juristen hätten die Frage, wohin das Fideikommissrecht gehöre, wol gar nicht aufgeworfen. Das denke ich mir auch. Anderweit legt er ihm unter den ersten Kaisern eine „honorarische Qualität", jedoch nicht im Sinne des ius praetorium bei (S. 170). Ist es dann nicht doch so eine Art ius eo.?

7) Es scheint fast, als ob sich Wlassak in diesem ersten Aufsatze nicht immer gegenwärtig hielte, was er sonst nachdrücklich hervorhebt (S. 169), dass die Spezialprätoren kaiserliche Kommissarien sind. In ihrer Gerichtspraxis bildete sich das Fideicommissrecht, die Exkusationen u. s. w. wol mit Hilfe von kaiserlichen Erlassen und Bescheiden allmählich aus. Das Verfahren vor ihnen ist das Verwaltungsverfahren. Vielleicht wäre es nicht zu kühn, wollte man behaupten, den römischen Juristen sei diese Pragmatik der Verwaltung gar nicht als *ius* erschienen.

Auch uns gehört die Privatbefugnis und die richterliche Entscheidung in der Vorstellung zusammen; welche Rolle die actio für die Construktion des subjektiven Rechtes spielt, ist bekannt genug. Es wäre möglich, dass die Römer die mannigfaltigen Angelegenheiten, die zur Cognition gelangten, nicht unterschieden haben; sondern dass sie überall gleichmässig an geltend gemachte „Interessen“ dachten. Das seltene Vorkommen des *ius co.* wäre damit erklärt.

Alles das sage ich nur, um meine Ansicht zu begründen, dass die von Wlassak angeregten Fragen noch nicht erledigt sind, dass die Schwierigkeiten sich weiter verzweigen und auf das staatsrechtliche Gebiet hinüberreichen.

II.

Ein Bericht über den Gedankengang der zweiten Abhandlung ist schwierig; die Anordnung ist gerade dafür nicht günstig. Es wird hier das kaiserliche Gesetzgebungsrecht besprochen. Voran gehen Bemerkungen über die Gesetzeskraft der Senatsschlüsse in der Kaiserzeit. Wlassak nimmt gewis mit vollem Rechte an, dass spätestens seit dem tatsächlichen Erlöschen der Volksgesetzgebung unter Tiberius die Sconsulte den Gesetzen gleichgeachtet wurden. Ulpians Aeusserung im fr. 9 de leg., die man oft zu Gunsten einer Fortdauer der Streitfrage bis in die severische Zeit angeführt hat, bezieht er sehr hübsch auf das Sc. Trebellianum, von dem in Ulpians 16. B. ad ed. die Rede ist (S. 104). Wenn aber Wlassak sagt (S. 100), es habe dem Senate „natürlich“ freigestanden, „Recht von principiell minderer Geltung zu schaffen“, — eine Wendung, die sich auch für den Kaiser wiederholt (S. 108) —, so glaube ich nicht, dass der Ausdruck gut gewählt ist. Es wird damit die gewis unrichtige Vorstellung befördert, als könne die gesetzgebende Gewalt als solche etwas anderes schaffen als ein Gesetz mit allen seinen Wirkungen. Die Sache liegt bekanntlich anders: Senat und Kaiser können sich veranlasst fühlen, nicht direkt selber zu gebieten, sondern durch principielle Anerkennung und Formulierung eines neuen Rechtssatzes dem Prätor für eine Einschaltung ins Edikt Stoff und Anlass geben. Dann schafft formal der Prätor honorarisches Recht; er muss es aber tun, weil der Senat ihn, seinen Beamten, dazu angewiesen hat, wie in republikanischer Zeit den Consul zur Aushebung (Plinius ep. 5, 4. 9; fr. de dedit. 2: Krüger, Zschr. f. RG. 14, 97, 99), und wie der Kaiser durch Mandat oder epistula anweist (fr. 3 extr. ne uis fiat; fr. 6 § 1 de cust. reor.).

Hierauf geht Wlassak zum Hauptgegenstande seiner Untersuchung, dem kaiserlichen Constitutionenrechte über. Ich binde mich im Folgenden nicht an den Gang seiner Darstellung. Er unterwirft (§ 9) die Ansichten der neueren von der Gesetzeskraft der verschiedenen Kaisererlasse einer genauen Musterung, und lehnt alle Versuche ab, die Erlasse nach ihrer Form in Gruppen zu trennen und danach ihnen mehr oder minder gesetzliche Bedeutung beizulegen: auf die Form der Willensäusserung komme gar nichts an (S. 135); edicta, decreta,

mandata, rescripta müssten gleich behandelt werden; es war „ohne Zweifel alles vom Princeps gesetzte Recht mit gleicher Wirksamkeit ausgestattet“ (S. 108). Dann aber „erkennt er vollinhaltlich als richtig an“ (S. 151, 164) die Theorie, wonach dem Kaiser nur das Recht der Gesetzanwendung, d. h. die Befugnis zur authentischen Interpretation des bestehenden Civil- und Honorarrechtes für das ganze Reich zusteht; wenn er darüber hinaus von sich aus neues Recht begründen will, so kann er das nur für die Zeit seiner Regierung; er bindet dadurch weder sich selbst noch seine Nachfolger (S. 166). So erscheint das Constitutionenrecht als ein ius honorarium des Reiches (S. 165).

I. Zunächst soll diese Lehre quellenmässig fester begründet werden. Wlassak wendet sich dabei vor allem gegen die Behauptung, dass allen kaiserlichen Verfügungen Gesetzeskraft zukomme. Der Kaiser, so wird ausgeführt, steht nicht über dem Gesetze; er kann es nur mit zwingender Kraft auslegen (fr. 10 sq. de leg.), nicht willkürlich abändern (S. 153 ff.). Denn die Volkssouveränetät ist im Principe noch durchaus festgehalten; daher werden die leges datae von den kaiserlichen Verordnungen streng unterschieden (S. 171) und öfter Constitutionen durch Senatsschlüsse bestätigt (S. 172). Freilich hätten die Kaiser unter dem Deckmantel der authentischen Auslegung das gesamte geltende Recht über den Haufen werfen können; die Grenzen ihres Verordnungsrechtes waren jedesfalls unsicher (S. 161). Es scheint (nach c. 12 pr. § 1 de const.), als hätten einige Juristen die Absicht gehabt, die kaiserliche Befugnis auf die Ergänzung des vorhandenen Rechtes einzuschränken; an sich wären die Juristen „ermächtigt gewesen, die Interpretation des Princeps zu überwachen“, die authentische Auslegung unter die Kontrolle der wissenschaftlichen zu stellen (S. 160; mir ist nicht ganz klar, was das heissen soll: zu doktrinärer Ueberwachung brauchten die Juristen keine Ermächtigung; eine praktische schliesst das römische Staatsrecht aus). Indessen haben sich die Kaiser diskret verhalten; sie haben ihr Verordnungsrecht geübt, „nur um Sinn und Tragweite der Rechtsnormen näher zu bestimmen, die bestehende Rechtsordnung zu ergänzen und auszubauen“ (S. 161).

Gegen diese Darstellung vermag ich eine Reihe von Bedenken nicht zu unterdrücken. Im Principe bin ich allerdings damit einverstanden, dem Kaiser nur ein beschränktes Gesetzgebungsrecht in der von Mommsen (2^b, 867 ff.) aufgestellten Weise zuzuschreiben.

1) Aber nach Wlassaks Ansicht (besonders deutlich S. 187) kommt es lediglich auf innere Kriterien an, um zwischen authentischer Auslegung und neuer Norm zu entscheiden; die erstere aber ist civilrechtlicher Natur, also dauernd, die letztere erlischt mit dem Tode des Kaisers. Sollte diese Scheidung haltbar sein? Wlassak selbst hebt hervor, wie zart die Grenze zwischen Auslegung und Neuschöpfung ist. Die Frage wird nur praktisch, wo beim Tode des Kaisers damnatio memoriae oder rescissio actorum eintritt (Wlassak S. 190). M. E. wird dieser Punkt bei der eigentlichen Erörterung nicht scharf genug betont. Mommsen meint, durch die Rescission würden so gut unwieder-

rufliche wie revokable Verfügungen des Kaisers betroffen; tatsächlich aber habe man sich im wesentlichen mit Wiederaufnahme der politischen Tendenzprocesse begnügt (Staatsrecht 2b, 1075 f.). Ist dem nun so — und Wlassak nimmt es als richtig an (S. 190) —, so hat im Grunde eine weitere theoretische Untersuchung über die Tragweite der kaiserlichen Verordnungen kein eigentlich juristisches Interesse. Einerseits scheint die rechtliche Zulässigkeit der rescissio sehr weit gegangen zu sein: Pius fürchtete für den Rechtsbestand seiner Adoption, wenn Hadrians Acta vernichtet wurden (Dio Cass. 70, 1). Andererseits hat die praktische Rücksicht hier sehr harmlos eingegriffen; man berief sich in späterer Zeit auf ein Edikt des Germanicus (oder ist es gar von Gaius? fr. 4 § 13 de re mil. 49, 16). Nach Wlassaks Auffassung aber, wenn ich richtig verstehe, müsste die Sache ganz anders gehandhabt werden; es muss jedesmal richterliche Prüfung eintreten, ob die Verordnung eines nicht consekrierten Kaisers Auslegung oder neue Norm sei. Ist eine derartige Prüfung denkbar? Entscheiden lässt sich das nicht, ohne auf die Behandlung der Verordnungen kondemnierter Kaiser wenigstens in der juristischen Litteratur einzugehen. Und da will es mir scheinen, als möchte man doch zu einer Unterscheidung der Erlasse nach ihrer Form gelangen: decreta und rescripta einerseits, andererseits edicta und mandata. Diese Gegenüberstellung ist ganz vernünftig. Edikte und Mandate sind formell Anordnungen, also Neuerungen; sie bestehen erklärlich nur so lange, als das Imperium dauert, von dem sie getragen werden. Dekrete und Reskripte dagegen sind formell Gutachten und Urteile, die auf Grund des bestehenden Rechtes vom Kaiser kraft seiner Gerichtsgewalt abgegeben werden; sie sind immer Auslegungen, selbst wenn sie einen neuen Rechtsgedanken zur Geltung bringen sollten. So war es zweifellos bei der interpretatio der XII. Tafeln durch die disputatio fori. Wlassaks hauptsächlicher, ja einziger Gegengrund ist (S. 135), dass die römischen Juristen die Kaisererlasse nicht nach ihrer Form unterschieden haben. Das scheint mir aber nicht völlig zuzutreffen. Die vier eben bezeichneten Gruppen sind leicht aus einander zu kennen. Bei den anders genannten Erlassen müssen wir allerdings auf eine Einordnung in bestimmte Kategorien verzichten; so bei epistulae und subscriptiones (so, denke ich, auch Mommsen 2b, 870). Auch das ist richtig, dass spätere Juristen keinen genauen Sprachgebrauch mehr haben, vor allem Papinian, der sich ja über amtliche Stilförmlichkeiten wegzusetzen liebt (Mommsen, Zschr. f. RG. 9, 100 f.). Im einzelnen steht die Sache m. E. so.

a) *Decreta* sind Beschlüsse des Kaisers, denen ein wie immer gestaltetes Verfahren vorausgegangen ist; wahrscheinlich regelmässig im Consilium gefasste Beschlüsse. Denn bis zum Gegenbeweise darf man sich daran halten, dass *decernere* entscheiden bedeutet, dass also irgendwie eine Differenz vorhanden gewesen sein muss. Da der Kaiser immer „cognosciert“, so kann füglich zwischen Civilprocess und Verwaltungsverfahren kein Unterschied gemacht werden. Mir scheint deshalb Wlassak (S. 135 f.) nicht mit Recht eine doppelte Anwendung des

Wortes *decretum* anzunehmen. Guyet (Abhandlungen S. 44 f.) hat allerdings eine Anzahl von Stellen nachgewiesen, in denen der Ausdruck bei Verwaltungssachen gebraucht wird (z. B. fr. 2 de off. adsess.). Aber dass auch hier „Entscheidungen" erfolgt sind, ist damit nicht widerlegt. Das decretum D. Marci für ein „zum Teil ratgebendes Reskript" zu erklären (Guyet), ist eine arge Verkennung: es ist eine sehr energische Abweisung ohne überflüssige Grobheit. Tatsache ist nun, dass die Juristen sich auf eine Entscheidung des Tiberius in einem streitigen Erbfalle (Parthenius) berufen (fr. 42 de her. inst.): sie kann in keiner Weise als Auslegung bestehendes Rechtes aufgefasst werden. Aber der Kaiser hat hier seine Gerichtsgewalt geübt (Mommsen 2^b, 1067), und an seinem Urteile kann so wenig gerüttelt werden, wie an den Erkenntnissen des Centumviralgerichtes bei Einführung der querella inofficiosi. Damit stimmt denn auch, dass Fronto (ep. 2, 15 Nieb.; 1, 6 N.) durch M. Aurels decreta *exempla in perpetuum ualitura* geschaffen werden lässt: hier bloss an Gesetzanwendung zu denken (W. S. 189 A.) scheint mir der Zusammenhang zu verbieten.

b) Was vom Dekrete gilt, kann dem Reskripte, d. h. dem Processgutachten des Kaisers schwerlich versagt werden — gerade nicht vom Standpunkte Wlassaks aus, den ich nicht teilen kann (Festgaben f. Beseler S. 70): er lässt das ius respondendi vom Kaiser verliehen werden (S. 158, etwas anders, scheint es, S. 182); der Kaiser also hat danach das Gutachten-„Fideicommiss", wie der Senat 'auspicia priuatim habet'. Dann darf man aber seinen Responsen kein geringeres Gewicht beilegen als denen der Gelehrten. Dabei kommt dann immerhin in Betracht, dass Paulus sich auf ein Reskript Domitians beruft (fr. 16 ad Sc. Turp.; Mommsen 2^b, 874[1]), was Papinian freilich als Edikt bezeichnet (fr. 2 § 1 de cust. reor.)[1]).

Es ist zweifellos, und erklärt sich wol aus der Entwickelung des Institutes, dass von *rescribere* auch gesprochen wird, wo es sich um einen Bescheid an einen Beamten handelt: sonst wird dafür der farblose Ausdruck *epistula* gebraucht. Allein an der Natur des Erlasses kann m. E. die Verschiedenheit des Empfängers nichts ändern: auch die Zuschrift an den Beamten ist ein massgebendes Gutachten über einen Einzelfall. Ein solches ist wol das Reskript des Tiberius, das Papinian (fr. 39 § 10 de adult.) zur Unterstützung heranzieht.

---

[1]) Die Incapacität der mulieres probrosae beruht bekanntlich auf einer Anordnung Domitians (Sueton 8); schwerlich ist das ein vom Kaiser veranlasster Senatsschluss gewesen. Und doch steht der Satz in allgemeiner Geltung (fr. 41 § 1 de test. mil.). Eine epistula Domitians an den Statthalter von Bithynien erklärt Traian selbst für anwendbar (Plinius ep. ad Trai. 65 sq.). Vgl. auch Mommsen, Zschr. f. RG. 7, 476 A. 5. Ob die Erlasse vom 14/7 und 30/12 218 (C. 2, 18. 6; C. Greg. 13, 1. 1) dem Elagabal gehören oder doch noch dem am 8. April ermordeten Caracalla, wäre zu erwägen. Dass Elagabals „Gedächtnis verdammt wurde", scheint mir nicht zweifelhaft: das Auskratzen des Namens, das die Schriftsteller erwähnen (V. Elag. 17. 18; V. Alex. 1) ist keine für sich selbständige Strafe (Mommsen 2^b, 1078); die Verweigerung des ehrlichen Begräbnisses ist uns gleichfalls bezeugt.

c) Die kaiserlichen Mandate sind, wie Wlassak noch einmal kurz dartut (S. 137 ff.), bindende Anweisungen für die Provinzialstatthalter. Sie sind natürlich insofern Gesetz, als die Präsides ihnen nicht zuwider handeln dürfen. Kennt sie deshalb die Partei, so mag sie sich mit Erfolg darauf berufen. Es verhält sich damit ganz ähnlich, wie mit den leges contractus der Publikanen (Zschr. f. RG. 18, 125 f.). Ein schönes Gegenstück bieten die capitula missorum der fränkischen Könige (statt aller nur Brunner, Encyklopädie S. 206, 2; S. 210). So ists auch erklärlich, dass die Juristen die Mandate bald zu den Constitutionen rechnen, bald sie davon absondern. Dass die Mandate nur Bestand haben, solange der Kaiser lebt, dürfen wir mit Sicherheit aus der Analogie des privatrechtlichen Mandates und aus der Tatsache schliessen, dass der „Auftrag" der kaiserlichen Beamten mit dem Tode des Kaisers aufhört.

d) Die Edikte der Kaiser haben die republikanische Form. Man darf ohne weiteres annehmen, dass sie wie die Edikte der republikanischen Beamten mit dem imperium erlöschen. Unmittelbare Belege dafür gibt es allerdings nicht, wie Wlassak hervorhebt (S. 147 f.). Das vorsichtig an die lex sich anschliessende Edikt des Claudius in fr. 15 pr. de fals. ist sehr bezeichnend.

2) Mit dieser Theorie steht die lex de imperio Vespasiani so wenig im Widerspruche wie mit der von Wlassak verteidigten. Das Gesetz vermeidet es offenbar mit Absicht, den kaiserlichen Anordnungen die Wirksamkeit der leges beizulegen (Mommsen S. 871 A. 2): was *ratum* im Einzelfalle bedeute, ist eine besondere Frage.

II. Dagegen widerspricht nach Wlassaks Ansicht dieser Auffassung, dass der Kaiser nur Honorarrecht schaffe, entschieden die Lehre der Juristen des 2. und 3. Jahrh., die seit Hadrian herschend gewesen sei (S. 112): sie stellen alle Kaiserverordnungen mit dem Gesetze gleich und lassen Civilrecht dadurch begründet werden (S. 109 f.). Wlassak bezeichnet es deshalb als zweite Aufgabe seiner Abhandlung (S. 151), diese unrichtige Anschauung der römischen Juristen zu erklären (S. 187). Er stellt zwei Vermutungen zur Auswahl. 1) Die Juristen der severischen Zeit haben durch tendenziöse Auslegung des Bestallungsgesetzes die absolute Kaisergewalt theoretisch zu begründen versucht (S. 176 f., 188). Dadurch ist für die frühere Jurisprudenz natürlich nichts gewonnen. Daher gibt Wlassak 2) einer anderen Erklärung den Vorzug (S. 189): das tatsächliche Bestehen der Verordnungen über den Tod des Kaisers hinaus habe die Juristen bestimmt, ihnen auch rechtlich die Geltung der lex zuzuschreiben. Trifft das zu, so ist von neuem klar, wie verzweifelt gering das juristische Interesse der ganzen Frage ist. Und nur unter diesem Gesichtspunkte wäre der schwere Vorwurf für die römischen Juristen erträglich. Wlassak selbst hat das Gefühl, dass diese Lösung nicht befriedige. Um so mehr scheint es geboten, die Richtigkeit der Voraussetzung zu prüfen: ist es wirklich Dogma der römischen Juristen, dass alle Kaiserverordnungen Gesetzeskraft haben?

1) Papinian fr. 7 de i. et i. spricht ausdrücklich nur von *decreta*, die Civilrecht schufen. Ist seine Redeweise auch keine genaue, so darf man ihn doch nicht mehr sagen lassen, als seine Worte ergeben. Auch nach Justinian (c. 12 pr. de leg.) haben die veteres nur die Dekrete im Auge. Pomponius schreibt zuerst im unmittelbaren Anschlusse an den Wortlaut der lex de imperio: *datum est ei* (principi) *ius, ut quod constituisset ratum esset* (de o. i. § 11). Der Schluss des folgenden § 12 sagt dann: *aut est principalis constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit pro lege seruetur.* Dass diese unbeholfenen, fast unverständlichen Worte nicht auf die Goldwage gelegt werden dürfen, zeigt die ganze Aufzählung: das ius ciuile steht als Rechtsquelle ohne Unterscheidung neben legis actio und Edikt. Ich glaube, man darf hieraus nicht mit Wlassak schliessen, dass Pomponius jede Constitution der lex gleichstellte.

2) Anders steht es dagegen mit Gaius 1, 5. Wlassak hat m. E. ganz Recht, wenn er es für unmöglich erklärt, diese Aeusserung mit der Lehre von der beschränkten Geltung der kaiserlichen Erlasse zu vereinigen (S. 187). Da nehme ich keinen Anstand den Gaius preis zu geben. Die Verkehrtheit seiner Deduktion: weil der Kaiser das imperium durch ein Gesetz empfange, darum dürfe er Gesetze machen, und die „Unvorsichtigkeit“ seiner Behauptung: man habe niemals am Gesetzgebungsrechte des Kaisers gezweifelt, beides hat Wlassak selbst sehr richtig hervorgehoben (S. 175 f.). Sicher ist auch, dass Gaius seine Theorie praktisch verwertet: ihm sind die Mandate Constitutionen, d. h. Gesetze (fr. 1 pr. quod cuiusc.; fr. 2 de test. mil.; Wlassak S. 143, 146); ihm steht im Erbrechte der Kaisererlass gleichwertig neben dem Senatsschlusse (3, 32). Ich möchte in allem dem mit Kuntze Spuren der provinziellen Anschauung des Gaius finden. Wlassak nimmt wiederholt (S. 116) und mit einigem Sarkasmus den „Provinzialjuristen“ gegen Kuntzes Angriffe in Schutz. In der Tat mag Kuntze in einzelnen Fällen bei seiner „Abschätzung“ fehlgegangen sein: im ganzen aber, glaube ich, hat er Recht, und es ist sehr dankenswert, dass man endlich unternommen hat, im Zusammenhange darzutun, weshalb Gaius eine so untergeordnete Stelle neben seinen Zeitgenossen einnimmt (Bruns-Holtzendorff S. 141).

3) Ebenso unvereinbar mit der hier vertretenen Theorie ist fr. 1 pr. de const.: *quod principi placuit, legis habet uigorem, utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* Die Möglichkeit, dass dieser krass absolutistische Satz (S. 177) interpoliert sein könne, verwirft Wlassak stillschweigend. Und doch macht die wörtliche Aufnahme der Stelle in die Institutionen, wo sie so vortrefflich passt, von vornherein stutzig; und doch ist die *lex regia*, wie Wlassak selbst nicht läugnet, äusserst verdächtig (Mommsen S. 840 A. 2); und doch ist das *ei et in eum* ebenso unlateinisch wie unverständlich (Mommsen will *imperium* einschieben, womit mir nicht viel geholfen scheint); und doch ist es positiv falsch, was Ulpian sagt, dass das Volk sich zu Gunsten des

Kaisers „aller Herschaft und Gewalt“ durch die l. de imperio entäussert habe. Der Argwohn gegen die Stelle bliebe auch dann bestehen, wenn Ulpian anderweit praktisch die Constitutionen den Gesetzen gleich und das Kaiserrecht als Civilrecht behandelte. Das sucht allerdings Wlassak (S. 116 ff.) nachzuweisen. Aber es ist ihm m. E. nicht gelungen. Es kommt dabei darauf an, ob in fr. 2 pr. fam. erc. die Worte: *uel etiam constitutione* schon von Ulpian selbst herrühren[1]). Wlassak verhehlt sich die Bedenken nicht, die für eine Interpolation sprechen: in fr. 2 § 4 unde cogn. weiss Ulpian anscheinend nichts von einem Civilrechte aus Kaisererlassen. Aber Wlassak scheint glaubt zwei Beispiele für ein solches entdeckt zu haben. Allein wenn die Institutionen (3, 3. 1) berichten: *primus D. Claudius ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem,* so nötigen sie nicht an einen Erlass mit Gesetzeskraft zu denken: es kann eben so gut eine Entscheidung für den Einzelfall, wie Schrader will, oder ein von Claudius veranlasster Senatsschluss gewesen sein; es kann aber auch die legitima hereditas auf Rechnung des Theophilus und seines geprüften Byzantinismus kommen. Die aus der Kombination fr. 6 § 6 de iniust. rupt. und fr. 1 sq. de uet. succ. entnommene Vermutung Wlassaks (S. 118 f.) mag 2) richtig sein: die Beerbung des wegen Verbrechens hingerichteten Soldaten mag auf kaiserlicher Verordnung beruhen: *bona militis intestati defuncti castrensia fisco non uindicantur, cum heres legitimus ad finem quinti gradus extitit aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.* Damit ist aber doch in keiner Weise ein Civilrecht geschaffen. Der Kaiser verzichtet deutlich auf das dem Fiskus zustehende Recht, und lässt folgeweise die gesetzliche, d. h. die XII-T.erbfolge und die bon. possessio wiederaufleben: dass er am 5. Grade abschneidet, ändert daran nichts.

Aber auf etwas anderes möchte ich noch hinweisen, was freilich in anderen Zusammenhang gehört. Unter Severus Alexander wird die Anschauung, dass der Kaiser Recht schaffe, von der Senatspartei nicht geteilt. Maecen rät dem Augustus (also es ist Dios Ansicht für Alexander), dass er die Wahlen der Beamten (der Consuln und Prätoren) von sich abhängig mache: *ἵνα καὶ νόμος εὐθὺς ᾖ πᾶν ὅ,τι ἂν βουλευσαμένῳ σοι μετὰ τῶν ὁμοτίμων ἀρέσῃ* (Dio Cass. 52, 15), d. h. damit die kaiserlichen Vorschläge im Senate ohne Anstand durchgehen. Wie mag sich Alexanders Hauptberater Ulpian zu dieser Forderung des Senates gestellt haben? Man sieht, die ganze Controverse ist vielmehr eine politische Machtfrage, als streng juristisch zu entscheiden.

B., November 1884.

A. P.

---

[1]) *Per familiae erciscundae actionem diuiditur hereditas siue ex testamento, siue ab intestato, siue ex lege duodecim tabularum, siue ex aliqua lege deferatur hereditas uel ex senatusconsulto uel etiam constitutione.*

Miscelle.

Die Erzählung, dass die Florentiner Pandektenhandschrift sich früher in Amalfi befunden habe, dass sie die Pisaner dort im 12. Jahrh. erbeutet und nach Pisa gebracht haben, ist in neuerer Zeit durchgängig als unglaubwürdig verworfen worden (Savigny, Geschichte des RR. im MA. 3, 92 ff.; Mommsen, praef. p. XII[2]). Sie beruht lediglich auf zwei Mitteilungen aus dem 14. Jahrhunderte, sie widerspricht der bestimmten Angabe des Odofred, dass die Handschrift von Konstantinopel unmittelbar nach Pisa gelangt sei, und sie steht in bedenklichem Zusammenhange mit dem angeblichen Gesetze Lothars III., das die Geltung des römischen Rechtes in den italischen Gerichten anordnet. Neuerdings hat O. Hartwig (N. Archiv d. Gesellschaft f. ä. deutsche Geschichtskunde IV (1879) S. 416) auf eine versteckte Notiz gleiches Inhalts aus dem 13. Jahrhunderte hingewiesen. E. Piccolomini hat 1877 als Festschrift eine italienisch abgefasste 'cronichetta Pisana' in nur 50 Exemplaren drucken lassen. Sie ist einer Handschrift der Stadtbibliothek von Siena aus dem vorigen Jahrhundert entnommen. Diese (mit Hartwigs Worten) „enthält Aufzeichnungen eines Kaufmannes von Pisa, welche derselbe 'anno millesimo ducentesimo settuagesimo nono, indictione septima, decimo septimo kalendas januarii' niederzuschreiben begonnen hat". Zunächst kaufmännische Notizen; dann solche, die sich auf den Kalender und astrologische Gegenstände beziehen. „Den Schluss bildet unsere 'cronichetta Pisana', d. h. eine nicht chronologisch geordnete Aufzeichnung von Ereignissen, welche die Stadt Pisa betreffen, mit dem Jahre 1006 beginnen und bis 1276 herabreichen." Offenbar, meint Hartwig, hat der Kaufmann damit eine Zusammenstellung aller ihm bekannten Ereignisse aus der Geschichte seiner Vaterstadt beabsichtigt. Die Niederschrift kann nicht lange nach 1278 erfolgt sein. Hier findet sich nun folgende Angabe: 'Malfi e lo suo docato, unde li Pisani anno le Pandecta, pigliarno ne' MC. XL'. Sonach muss die Annahme, dass die Handschrift aus Amalfi stamme, bereits im 13. Jahrhundert in Pisa verbreitet gewesen sein. Die Eroberung von Amalfi fällt übrigens ins Jahr 1135.

A. P.


b89013920582a

